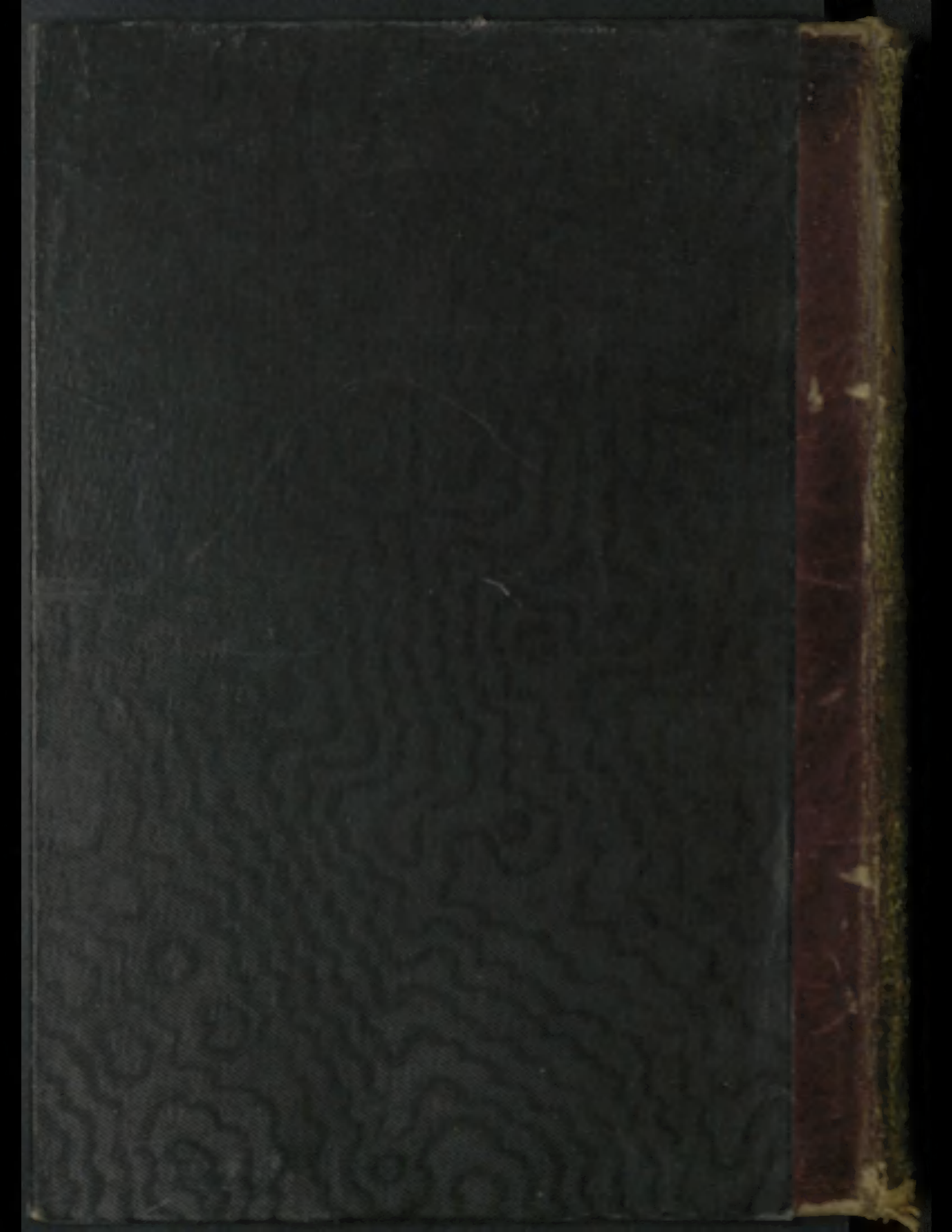
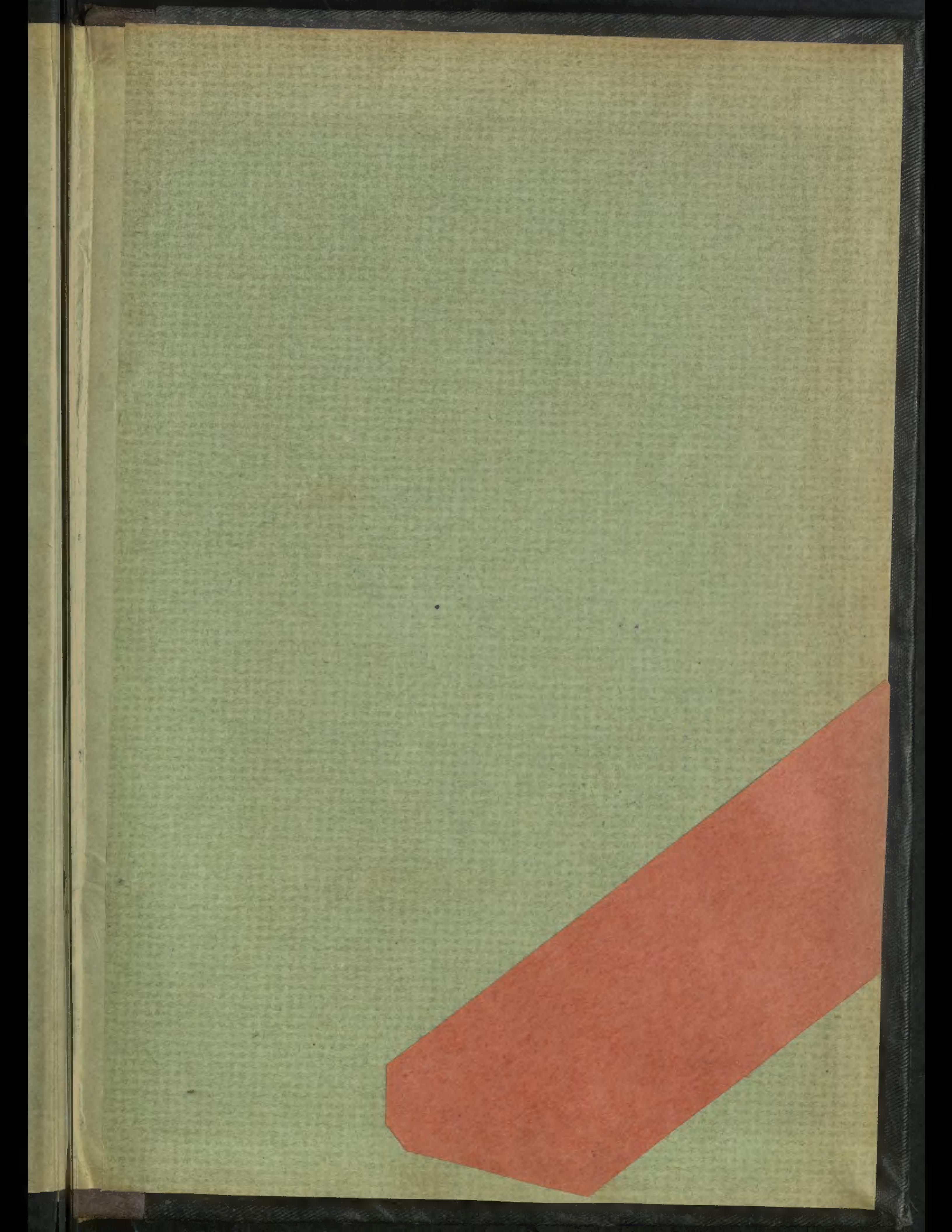
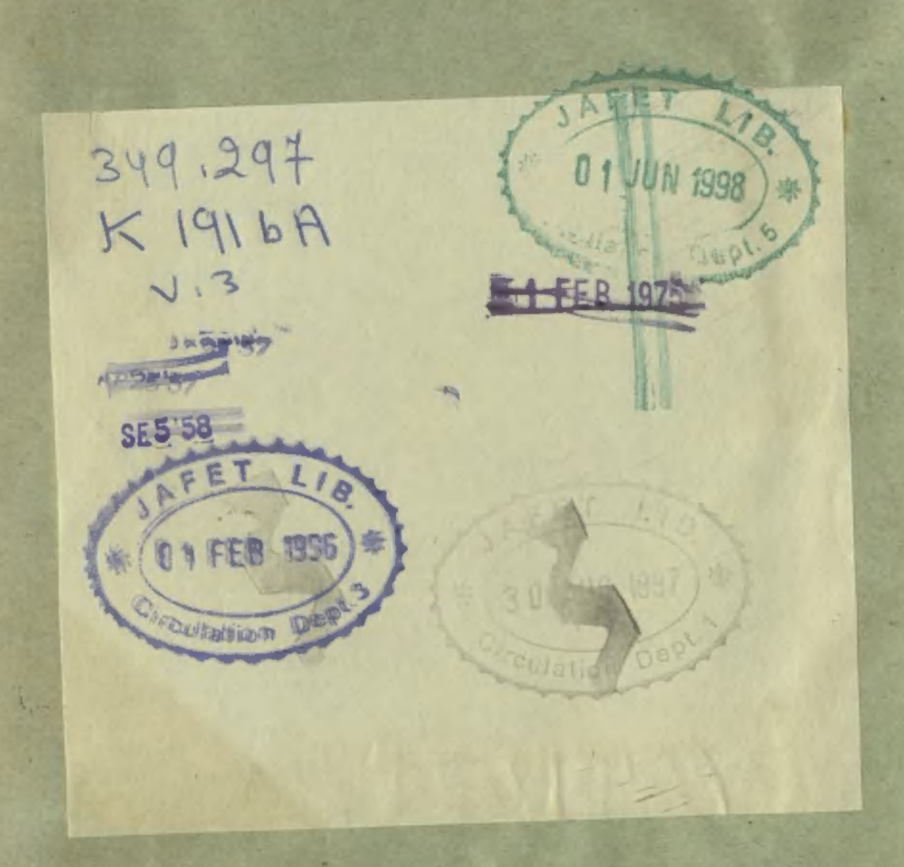
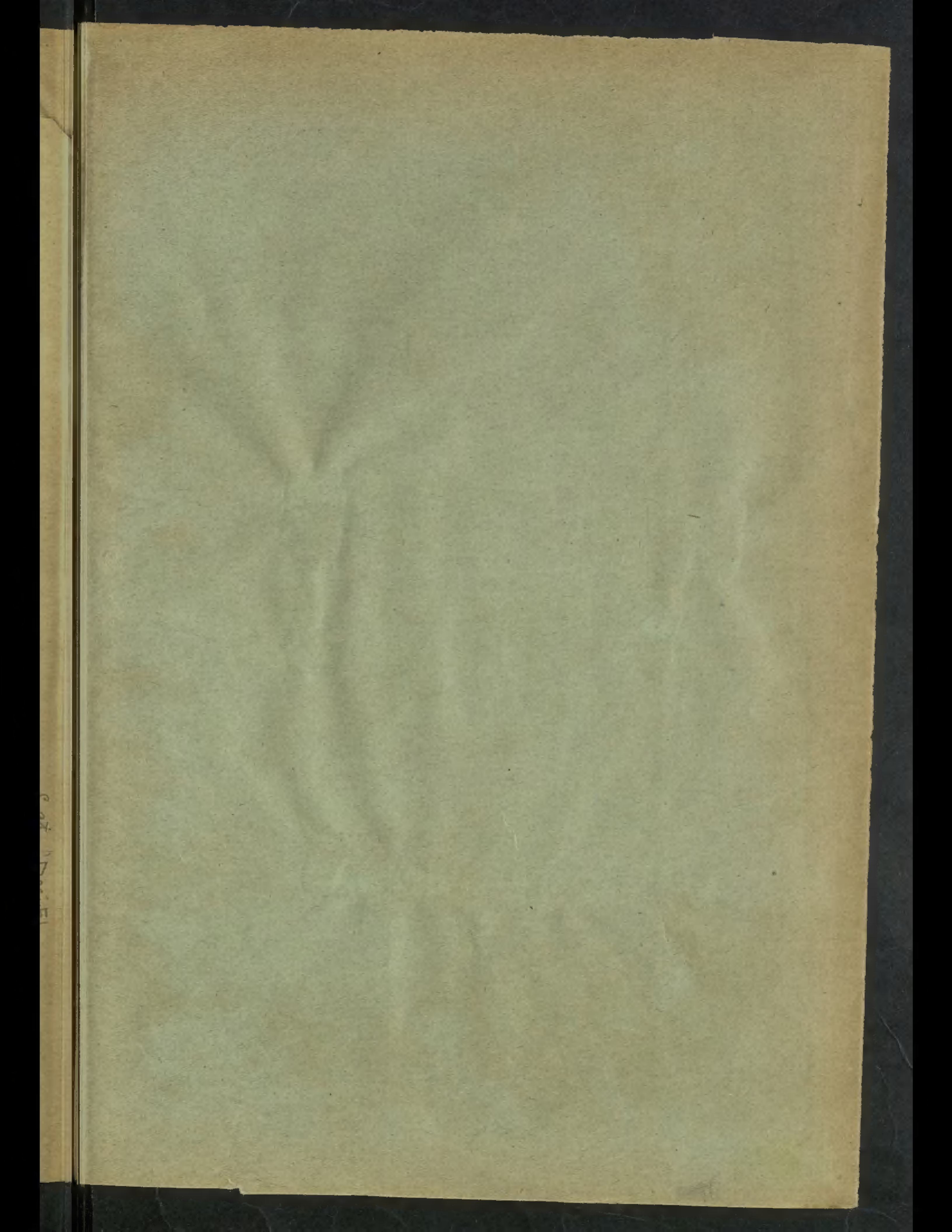








الجزء الثالث

من

# كتاب
# بدائع الصنائع
# في
# ترتيب الشرائع

تأليف

( الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب )
( بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجريه )

( الطبعة الأولى )

سنة ١٣٢٨ هـ — ١٩١٠ م

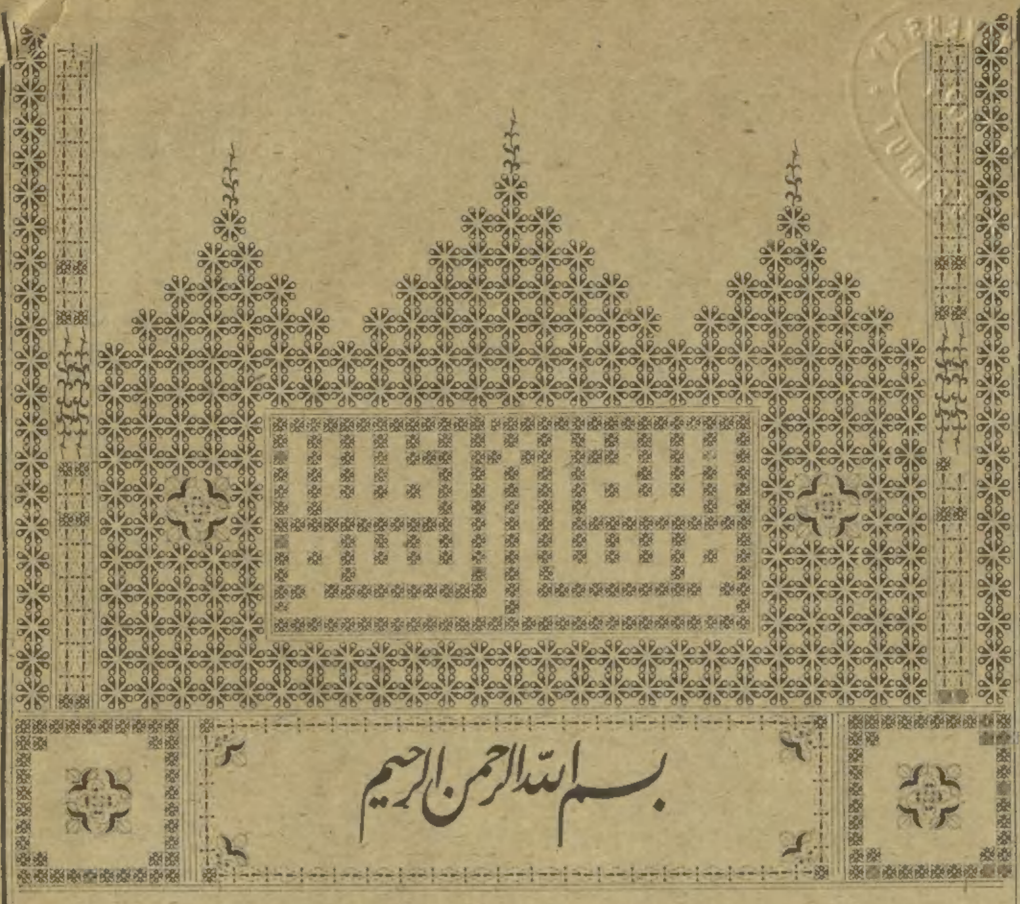
( على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جابري زاده )
( وفضيلة الحاج مراد أفندي جابري زاده — ومحمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه )





طبع بمطبعة الجمالية - بمصر

( الكائنة بحارة الروم بعطفة التتري )
( لاصحابها محمد أمين الخانجي وشركاه — واحمد عارف )



بسم الله الرحمن الرحيم

## ﴿ كتاب الايمان ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى أربعة مواضع فى بيان أنواع اليمين وفى بيان ركن كل نوع وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكمه وفى بيان ان اليمين بالله تعالى على نية الحالف أو المستحلف أما الاول فاليمين فى القسمة الاولى ينقسم الى قسمين يمين بالله سبحانه وهو المسمى بالقسم فى عرف اللغة والشرع و يمين بغير الله تعالى وهذا قول عامة العلماء وقال أصحاب الظاهر هى قسم واحد وهو اليمين بالله تعالى فاما الحلف بغير الله عز وجل فليس بيمين حقيقة وانما سمى بها مجازا حتى ان من حلف لا يحلف فحلف بالطلاق أو العتاق يحنث وعند عامة العلماء لا يحنث وجه قولهم ان اليمين انما يقصد بها تعظيم المقسم به ولهذا كانت عادة العرب القسم بما جل قدره وعظم خطره وكثر نفعه عند الخلق من السماء والارض والشمس والقمر والليل والنهار ونحو ذلك والمستحق للتعظيم بهذا النوع هو الله تعالى لان التعظيم بهذا النوع عبادة ولا تجوز العبادة الا لله تعالى ولنا ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق أو عتاق واستثنى فلا حنث عليه سماه حالفا والحلف واليمين من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد والاصل فى اطلاق الاسم هو الحقيقة فدل ان الحلف بالطلاق والعتاق يمين حقيقة وكذا مأخذ الاسم دليل عليه لانها أخذت من القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين أى بالقوة ومنه سميت اليد اليمين يمينا لفضل قوتها على الشمال عادة قال الشاعر

رأيت عرابة الاوسى يسمو * الى الخيرات منقطع القرين
اذا ماراية رفعت * لمجد تلقاها عرابة باليمين

أى بالقوة ومعنى القوة يوجد فى النوعين جميعاً وهو ان الحالف يتقوى بها على الامتناع من المرهوب وعلى التحصيل

فى

فى المرغوب وذلك ان الانسان اذا دعاه طبعه الى فعل لما يتعلق به من اللذة الحاضرة فعقله يزجره عنه لما يتعلق به من العاقبة الوخيمة ورعا لا يقاوم طبعه فيحتاج الى ان يتقوى على الجرى على موجب العقل فيحلف بالله تعالى لما عرف من قبح هتك حرمة اسم الله تعالى وكذا اذا دعاه عقله الى فعل يحسن عاقبته وطبعه يستثقل ذلك فيمنعه عنه فيحتاج الى اليمين بالله تعالى ليتقوى بها على التحصيل وهذا المعنى يوجد فى الحلف بالطلاق والعتاق لان الحالف يتقوى به على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من الطلاق والعتاق الذى هو مستثقل على طبعه فثبت ان معنى اليمين يوجد فى النوعين فلا معنى للفصل بين نوع ونوع والدليل عليه ان محمدا سمى الحلف بالطلاق والعتاق فى أبواب الايمان من الاصل والجامع يمينا وقوله حجة فى اللغة ثم اليمين بالله تعالى منقسم ثلاثة أقسام فى عرف الشرع يمين الغموس ويمين اللغو ويمين معقودة وذكر محمد فى أول كتاب الايمان من الاصل وقال الايمان ثلاثة يمين مكفرة ويمين لا تكفر ويمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وفسر الثالثة بيمين اللغو وانما أراد محمد بقوله الايمان ثلاث الايمان بالله تعالى لا جنس الايمان لان ذلك كثير فان قيل كيف أخبر محمد عن انتفاء المؤاخذة بلغو اليمين بلفظة الترجى وانتفاء المؤاخذة بهذا النوع من اليمين مقطوع به بنص الكتاب وهو قوله عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان يمين اللغو هى اليمين الكاذبة لكن لا عن قصد بل خطأ أو غلطا على ما نذكر تفسيرها ان شاء الله تعالى والتحرز عن فعله ممكن فى الجملة وحفظ النفس عنه مقدور فكان جائز المؤاخذة عليه لكن الله تعالى رفع المؤاخذة عليه رحمة وفضلا ولهذا يجب الاستغفار والتوبة عن فعل الخطأ والنسيان كذلك فذكر محمد لفظ الرجاء ليعلم ان الله تفضل برفع المؤاخذة فى هذا النوع بعد ما كان جائز المؤاخذة عليه والثانى ان المؤاخذة وان كانت منتفية عن هذا النوع قطعا لكن العلم بمراد الله تعالى من اللغو المذكور غير مقطوع به بل هو محل الاجتهاد على ما نذكر ان شاء الله تعالى والعلم الحاصل عن اجتهاد علم غالب الرأى وأكثر الظن لا علم القطع فاستعمل محمد لفظة الرجاء لاحتمال ان لا يكون مراد الله تعالى من اللغو المذكور ما أفضى اليه اجتهاد محمد فكان استعمال لفظ الرجاء فى موضعه وذكر الكرخى وقال اليمين على ضربين ماض ومستقبل وهذه القسمة غير صحيحة لان من شرط صحتها ان تكون محيطة بجميع أجزاء المقسوم به ولم يوجد لخروج الحال عنها وانها داخلة فى يمين الغموس ويمين اللغو على ما نذكر تفسيرهما فكانت القسمة ناقصة والنقصان فى القسمة من عيوب القسمة كالزيادة فكانت القسمة الصحيحة ما ذكرنا لوقوعها حاصرة جميع أجزاء المقسوم بحيث لا يشذ عنها جزء وكذا ما ذكر محمد صحيح الا انه بين كل نوع بنفسه وحكمه دفعة واحدة ونحن أخرنا بيان الحكم عن بيان النوع سوقا للكلام على الترتيب الذى ضمناه أما يمين الغموس فهى الكاذبة قصدا فى الماضى والحال على النفى أو على الاثبات وهى الخبر عن الماضى أو الحال فعلا أو تركا متعمدا للكذب فى ذلك مقرونا بذكر اسم الله تعالى نحو ان يقول والله ما فعلت كذا وهو يعلم انه فعله أو يقول والله لقد فعلت كذا وهو يعلم انه لم يفعله أو يقول والله ماله على دين وهو يعلم ان له عليه دينا فهذا تفسير يمين الغموس وأما يمين اللغو فقد اختلف فى تفسيرها قال أصحابنا هى اليمين الكاذبة خطأ أو غلطا فى الماضى أو فى الحال وهى ان يخبر عن الماضى أو عن الحال على الظن ان المخبر به كما أخبر وهو بخلافه فى النفى أو فى الاثبات نحو قوله والله ما كلمت زيدا وفى ظنه انه لم يكلمه أو والله لقد كلمت زيدا وفى ظنه انه كلمه وهو بخلافه أو قال والله ان هذا الجائى لزيد ان هذا الطائر لغراب وفى ظنه انه كذلك ثم تبين بخلافه وهكذا روى ابن رستم عن محمد انه قال اللغو ان يحلف الرجل على الشئ وهو يرى انه حق وليس بحق وقال الشافعى يمين اللغو هى اليمين التى لا يقصدها الحالف وهو ما يجرى على السن الناس فى كلامهم من غير قصد اليمين من قولهم لا والله وبلى والله سواء كان فى الماضى أو الحال أو المستقبل وأما عندنا فلا لغو فى المستقبل بل اليمين على أمر فى المستقبل يمين معقودة وفيها الكفارة اذا حنث قصد اليمين أو لم يقصد وانما اللغو فى الماضى والحال فقط وما ذكر محمد على أثر حكايته عن أبى حنيفة ان اللغو ما يجرى بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله فذلك محمول عندنا على الماضى أو الحال وعندنا ذلك لغو فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبين الشافعى فى يمين

لا يقصدها الحالف فى المستقبل عندنا ليس بلغو وفيها الكفارة وعنده هى لغو ولا كفارة فيها وقال بعضهم يمين اللغو هى
اليمين على المعاصى نحو ان يقول والله لا أصلى صلاة الظهر ولا أصوم صوم شهر رمضان أو لا أكلم أبوى أو يقول
والله لاشربن الخمر أو لازنين أو لاقتلن فلانا ثم منهم من يوجب الكفارة اذا حنث فى هذه اليمين ومنهم من لا يوجب
وجه قول هؤلاء ان اللغو هو الاثم فى اللغة قال الله تعالى واذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه أى كلاما فيه اثم فقالوا ان معنى
قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم أى لا يؤاخذكم الله بالاثم فى أيمانكم على المعاصى بنقضها والحنث فيها
لان الله تعالى جعل قوله فى سورة البقرة لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم صلة قوله عز وجل ولا تجعلوا الله عرضة
لايمانكم ان تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس وقيل فى القصة ان الرجل كان يحلف ان لا يصنع المعروف ولا يبر ولا
يصل أقرباءه ولا يصلح بين الناس فاذا أمر بذلك يتعلل و يقول انى حلفت على ذلك فاخبر الله تعالى بقوله سبحانه
لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم الآية لانه لا مأثم عليهم بنقض ذلك اليمين وتحنيث النفس فيها وان المؤاخذ بالاثم فيها
بحفظها والاصرار عليها بقوله ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم و بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان ثم
منهم من أوجب الكفارة لقوله تعالى فى هذه الآية فكفارته الى قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم أى حلفتم
وحنثتم ومنهم من لم يوجب فيها الكفارة أصلا لما نذكر ان شاء الله تعالى فى بيان حكم اليمين وجه قول الشافعى
ما روى عن عائشة رضى الله عنها انها سئلت عن يمين اللغو فقالت هى ان يقول الرجل فى كلامه لا والله و بلى والله وعن
عطاء رضى الله عنه انه سئل عن يمين اللغو فقال قالت عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو
كلام الرجل فى بيته لا والله و بلى والله فثبت موقوفا ومرفوعا ان تفسير يمين اللغو ما قلنا من غير فصل بين الماضى
والمستقبل فكان لغوا على كل حال اذا لم يقصده الحالف ولان الله تعالى قابل يمين اللغو باليمين المكسوبة بالقلب بقوله
عز وجل لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمكسوبة هى المقصودة فكان غير
المقصودة داخلا فى قسم اللغو تحقيقا للمقابلة (ولنا) قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم
بما عقدتم الايمان قابل يمين اللغو باليمين المعقودة وفرق بينهما فى المؤاخذة ونفيها فيجب ان تكون يمين اللغو غير
اليمين المعقودة تحقيقا للمقابلة واليمين فى المستقبل يمين معقودة سواء وجد القصد أولا ولان اللغو فى اللغة اسم للشئ
الذى لا حقيقة له قال الله تعالى لا يسمعون فيها لغوا ولا تأثيما أى باطلا وقال عز وجل خبرا عن الكفرة والغوا فيه
لعلكم تغلبون وذلك فيما قلنا وهو الحلف بما لا حقيقة له بل على ظن من الحالف ان الامر كما حلف عليه والحقيقة
بخلافه وكذا ما يجرى على اللسان من غير قصد لكن فى الماضى أو الحال فهو مما لا حقيقة له فكان لغوا ولان اللغو
لما كان هو الذى لا حقيقة له كان هو الباطل الذى لا حكم له فلا يكون يمينا معقودة لان لها حكما ألا ترى ان المؤاخذة
فيها ثابتة وفيها الكفارة بالنص فدل ان المراد من اللغو ما قلنا وهكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى تفسير
يمين اللغو هى أن يحلف الرجل على اليمين الكاذبة وهو يرى انه صادق و به تبين أن المراد من قول عائشة رضى الله عنها
وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يمين اللغو ما يجرى فى كلام الناس لا والله و بلى والله فى الماضى لا فى المستقبل
والدليل عليه أنها فسرتها بالماضى فى بعض الروايات وروى عن مطر عن رجل قال دخلت أنا وعبد الله بن عمر على
عائشة رضى الله عنها فسألتها عن يمين اللغو فقالت قول الرجل فعلنا والله كذا وصنعنا والله كذا فتحمل تلك الرواية على
هذا توفيقا بين الروايتين اذ المجمل محمول على المفسر وأما قوله ان الله سبحانه وتعالى قابل اللغو باليمين المكسوبة فنقول
فى تلك الآية قابلها بالمكسوبة وفى هذه الآية قابلها بالمعقودة ومتى أمكن حمل الآيتين على التوافق كان أولى من الحمل
على التعارض فنجمع بين حكم الآيتين فنقول يمين اللغو التى هى غير مكسوبة وغير معقودة والمخالف عطل احدى
الآيتين فكنا أسعد حالا منه وأما قوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم أن تبروا والآية فقد روى عن ابن عباس
رضى الله عنهما ان ذلك نهى عن الحلف على الماضى معناه ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ان تبروا أى لا تحلفوا ان

لا تبروا ويجوز اضمار حرف لا فى موضع القسم وغيره قال الله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة ان يؤتوا أولى القربى أى لا يؤتوا ويحتمل ان تكون الآية عامة أى لا تحلفوا لكى تبروا فتجعلوا الله عرضة بالحنث بعد ذلك بترك التعظيم بترك الوفاء باليمين يقال فلان عرضة للناس أى لا يعظمونه ويقعون فيه فيكون هذا نهيا عن الحلف بالله تعالى اذا لم يكن الحالف على يقين من الاصرار على موجب اليمين وهو البر أو غالب الرأى والله عز وجل أعلم وأما اليمين المعقودة فهى اليمين على أمر فى المستقبل نفيا أو اثباتا نحو قوله والله لا أفعل كذا وكذا وقوله والله لافعلن كذا

﴿فصل﴾ وأما ركن اليمين بالله تعالى فهو اللفظ الذى يستعمل فى اليمين بالله تعالى وانه مركب من المقسم عليه والمقسم به ثم المقسم به قد يكون اسما وقد يكون صفة والاسم قد يكون مذكورا وقد يكون محذوفا والمذكور قد يكون صريحا وقد يكون كناية أما الاسم صريحا فهو ان يذكر اسما من أسماء الله تعالى أى اسم كان سواء كان اسما خاصا لا يطلق الا على الله تعالى نحو الله والرحمن أو كان يطلق على الله تعالى وعلى غيره كالعليم والحكيم والكريم والحليم ونحو ذلك لان هذه الاسماء وان كانت تطلق على الخلق ولكن تعين الخالق مرادا بدلالة القسم اذ القسم بغير الله تعالى لا يجوز فكان الظاهر انه أراد به اسم الله تعالى حملا لكلامه على الصحة الا ان ينوى به غير الله تعالى فلا يكون يمينا لانه نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فى أمر بينه وبين ربه وحكى عن بشر المريسى فيمن قال والرحمن انه ان قصد اسم الله تعالى فهو حالف وان أراد به سورة الرحمن فليس بحالف فكانه حلف بالقرآن وسواء كان القسم بحرف الباء أو الواو أو التاء بان قال بالله أو والله أو تالله لان القسم بكل ذلك من عادة العرب وقد ورد به الشرع أيضا قال الله تعالى والله ربنا ما كنا مشركين وقال وتالله لاكيدن أصنامكم وقال تعالى خبرا عن اخوة يوسف قالوا تالله تفتؤ تذكر يوسف وقال عز وجل تالله لقد أرسلنا الى أمم من قبلك وقال عز وجل واقسموا بالله وقال عز وجل ويحلفون بالله تعالى وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليدع الا أن الباء هى الاصل وما سواها دخيل قائم مقامها فقول الحالف بالله أى احلف بالله لان الباء حرف الصاق وهو الصاق الفعل بالاسم وربط الفعل بالاسم والنحويون يسمون الباء حرف الصاق وحرف الربط وحرف الآلة والتسبيب فانك اذا قلت كتبت بالقلم فقد الصقت الفعل بالاسم وربطت أحدهما بالآخر فكان القلم آلة الكتابة وسببا يتوصل به اليها فاذا قال بالله فقد الصق الفعل المحذوف وهو قوله احلف بالاسم وهو قوله بالله وجعل اسم الله آلة للحلف وسببا يتوصل به اليه الا انه لما كثر استعمال هذه اللفظة أسقط قوله احلف واكتفى بقوله بالله كما هو دأب العرب من حذف البعض وابقاء البعض عند كثرة الاستعمال اذا كان فيما بقى دليلا على المحذوف كما فى قولهم باسم الله ونحو ذلك وانما خفض الاسم لان الباء من حروف الخفض والواو قائم مقامه فصار كأن الباء هو المذكور وكذا التاء قائم مقام الواو فكان الواو هو المذكور الا ان الباء تستعمل فى جميع ما يقسم به من أسماء الله وصفاته وكذا الواو فاما التاء فانه لا يستعمل الا فى اسم الله تعالى تقول تالله ولا تقول تالرحمن وتعزة الله تعالى لمعنى يذكر فى النحو ولو لم يذكر شيأ من هذه الادوات بان قال الله لا أفعل كذا يكون يمينا لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ركانة بن زيد أو زيد ابن ركانة حين طلق امرأته البتة وقال الله ما أردت بالبت الا واحدة وبه تبين أن الصحيح ما قاله الكوفيون وهو ان يكون بالكسر لان النبى صلى الله عليه وسلم ذكر الله بالكسر وهو أفصح العرب صلى الله عليه وسلم وكذا روى عن ابن عمر وغيره من الصحابة انه سأله واحد وقال له كيف أصبحت قال خير عافاك الله بكسر الراء ولو قال لله هل يكون يمينا لم يذكر هذا فى الاصل وقالوا انه يكون يمينا لان الباء توضع موضع اللام يقال آمن بالله وآمن له بمعنى قال الله تعالى فى قصة فرعون آمنتم له وفى موضع آخر آمنتم به والقصة واحدة ولو قال وربى ورب العرش أو رب العالمين كان حالفا لان هذا من الاسماء الخاصة بالله تعالى لا يطلق على غيره (وأما) الصفة فصفات الله تعالى مع انها كلها لذاته على ثلاثة أقسام منها ما لا يستعمل فى عرف الناس وعاداتهم الا فى الصفة نفسها فالحلف بها يكون يمينا ومنها ما يستعمل فى الصفة وفى

غيرها استعمالا على السواء فالحلف بها يكون يميناً أيضاً ومنها ما يستعمل فى الصفة وفى غيرها لكن استعمالها فى غير الصفة هو الغالب فالحلف بها لا يكون يميناً وعن مشايخنا من قال ما تعارفه الناس يميناً يكون يميناً الا ما ورد الشرع بالنهى عنه وما لم يتعارفوه يميناً لا يكون يميناً وبيان هذه الجملة اذا قال وعزة الله وعظمة الله وجلاله وكبريائه يكون حالفاً لان هذه الصفات اذا ذكرت فى العرف والعادة لا يراد بها الا نفسها فكان مراد الحالف بها الحلف بالله تعالى وكذا الناس يتعارفون الحلف بهذه الصفات ولم يرد الشرع بالنهى عن الحلف بها وكذا لو قال وقدرة الله تعالى وقوته وارادته ومشيئته ورضاه ومحبته وكلامه يكون حالفاً لان هذه الصفات وان كانت تستعمل فى غير الصفة كما تستعمل فى الصفة لكن الصفة تعينت مرادة بدلالة القسم اذ لا يجوز القسم بغير اسم الله تعالى وصفاته فالظاهر ارادة الصفة بقرينة القسم وكذا الناس يقسمون بها فى المتعارف فكان الحلف بها يميناً ولو قال ورحمة الله أو غضبه أو سخطه لا يكون هذا يميناً لانه يراد بهذه الصفات آثارها عادة لا نفسها فالرحمة يراد بها الجنة قال الله تعالى ففى رحمة الله هم فيها خالدون والغضب والسخط يراد به أثر الغضب والسخط عادة وهو العذاب والعقوبة لا نفس الصفة فلا يصير به حالفاً الا اذا نوى به الصفة وكذا العرب ما تعارفت القسم بهذه الصفات فلا يكون الحلف بها يميناً وكذا وعلم الله لا يكون يميناً استحساناً والقياس أن يكون يميناً وهو قول الشافعى لان علم الله تعالى صفة كالعزة والعظمة ( ولنا ) انه يراد به المعلوم عادة يقال اللهم اغفر لنا علمك فينا أى معلومك منا ومن زلاتنا ويقال هذا علم أبى حنيفة أى معلومه لان علم أبى حنيفة قائم بأبى حنيفة لا يزايله ومعلوم الله تعالى قد يكون غير الله تعالى من العالم بأعيانها واعراضها والمعدومات كلها لان المعدوم معلوم فلا يكون الحلف به يميناً الا اذا أراد به الصفة وكذا العرب لم تتعارف القسم بعلم الله تعالى فلا يكون يميناً بدون النية وسئل محمد عمن قال وسلطان الله فقال لا أرى من يحلف بهذا أى لا يكون يميناً وذكر القدورى انه ان أراد بالسلطان القدرة يكون حالفاً كما لو قال وقدرة الله وان أراد المقدور لا يكون حالفاً لانه حلف بغير الله ولو قال وأمانة الله ذكر فى الاصل انه يكون يميناً وذكر ابن سماعة عن أبى يوسف انه لا يكون يميناً وذكر الطحاوى عن أصحابنا جميعاً انه ليس بيمين وجه ما ذكره الطحاوى أن أمانة الله فرائضه التى تعبد عباده بها من الصلاة والصوم وغير ذلك قال الله تعالى إنا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال فأبين ان يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان فكان حلفاً بغير اسم الله عز وجل فلا يكون يميناً (وجه) ما ذكره فى الاصل ان الامانة المضافة الى الله تعالى عند القسم يراد بها صفته ألا ترى ان الامين من أسماء الله تعالى وانه اسم مشتق من الامانة فكان المراد بها عند الاطلاق خصوصاً فى موضع القسم صفة الله ولو قال وعهد الله فهو يمين لان العهد يمين لما يذكر فصار كانه قال ويمين الله وذلك يمين فكذا هذا ولو قال باسم الله لا افعل كذا يكون يميناً كذا روى عن محمد لان الاسم والمسمى واحد عند أهل السنة والجماعة فكان الحلف بالاسم حلفاً بالذات كانه قال بالله ولو قال ووجه الله فهو يمين كذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف عن أبى حنيفة لان الوجه المضاف الى الله تعالى يراد به الذات قال تعالى كل شئ هالك الا وجهه أى ذاته وقال عز وجل ويبقى وجه ربك ذو الجلال والاكرام أى ذاته وذكر الحسن بن زياد عن أبى حنيفة ان الرجل اذا قال ووجه الله لا أفعل كذا ثم فعل انها ليست بيمين وقال ابن شجاع انها ليست من ايمان الناس انما هى حلف السفلة وروى المعلى عن محمد اذا قال لا اله الا الله لا أفعل كذا وكذا لا يكون يميناً الا أن ينوى يميناً وكذا قوله سبحان الله والله أكبر لا أفعل كذا لان العادة ما جرت بالقسم بهذا اللفظ وانما يذكر هذا قبل الخبر على طريق التعجب فلا يكون يميناً الا اذا نوى اليمين فكانه حذف حرف القسم فيكون حالفاً وعن محمد فيمن قال وملكوت الله وجبروت الله انه يمين لانه من صفاته التى لا تستعمل الا فى الصفة فكان الحلف به يميناً كقوله وعظمة الله وجلاله وكبريائه ولو قال وعمر الله لا أفعل كذا كان يميناً لان هذا حلف ببقاء الله وهو لا يستعمل الا فى الصفة وكذا الحلف به متعارف قال الله عز وجل لعمرك انهم لفى سكرتهم يعمهون وقال طرفة

لعمرك ان الموت ما أخطأ الفتى * لك الطول المرجى وثنياه باليد

ولو قال وايم الله لا أفعل كذا كان يمينا لان هذا من صلات اليمين عند البصريين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في زيد بن حارثة رضي الله عنه حين أمره في حرب موتة وقد بلغه الطعن وايم الله لخليق للامارة وعند الكوفيين هو جمع اليمين تقديره وأيمن الله الا ان النون أسقطت عند كثرة الاستعمال للتخفيف كما في قوله تعالى حنيفا ولم يك من المشركين والايمن جمع يمين فكانه قال و يمين الله وانه حلف بالله تعالى لان العرب تعارفته يمينا قال امرؤ القيس

فقلت يمين الله أبرح قاعداً * وان قطعت رأسي لديك وأوصالي

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما ان من حديث ولا صالي

وقالت عنزة

فقالت يمين الله مالك حيلة * وما ان أرى عنك الغواية تنجلي

فقد استعمل امرؤ القيس يمين الله وسماه حلفا بالله ولو قال وحق الله لا يكون حالفا في قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف و روى عنه رواية أخرى انه يكون يمينا ووجهه ان قوله وحق الله وان كان اضافة الحق الى الله تعالى لكن الشيء قد يضاف الى نفسه في الجملة والحق من أسماء الله تعالى فكانه قال والله الحق ولهما ان الاصل ان يضاف الشيء الى غيره لا الى نفسه فكان حلفا بغير الله تعالى فلا يكون يمينا ولان الحق المضاف الى الله تعالى يراد به الطاعات والعبادات لله تعالى في عرف الشرع ألا ترى أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل له ما حق الله على عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيأ والحلف بعبادة الله وطاعته لا يكون يمينا ولو قال والحق يكون يمينا لان الحق من أسماء الله تعالى قال الله تعالى و يعلمون ان الله هو الحق المبين وقيل ان نوى به اليمين يكون يمينا والا فلا لان اسم الحق كما يطلق على الله تعالى يطلق على غيره فيتقف على النية ولو قال حقا لا رواية فيه واختلف المشايخ قال محمد بن سلمة لا يكون يمينا لان قوله حقا بمنزلة قوله صدقا وقال أبو مطيع هو يمين لان الحق من أسماء الله تعالى فقوله حقا كقوله والحق ولو قال اقسم بالله أو احلف أو اشهد بالله أو اعزم بالله كان يمينا عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا اذا نوى اليمين لانه يحتمل الحال و يحتمل الاستقبال فلا بد من النية ولنا أن صيغة افعل للحال حقيقة وللاستقبال بقرينة السين وسوف وهو الصحيح فكان هذا اخبارا عن حلفه بالله للحال وهذا اذا ظهر المقسم به فان لم يظهر بان قال اقسم أو احلف أو اشهد أو اعزم كان يمينا في قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يكون يمينا (وجه) قوله انه اذا لم يذكر المحلوف به فيحتمل انه أراد به الحلف بالله و يحتمل انه أراد به الحلف بغير الله تعالى فلا يجعل حلفا مع الشك (ولنا) ان القسم لم يجز الا بالله عز وجل كان الاخبار عنه اخبارا عما لا يجوز بدونه كما في قوله تعالى واسأل القرية التي كنا فيها ونحو ذلك ولان العرب تعارفت الحلف على هذا الوجه قال الله تعالى يحلفون لكم لترضوا عنهم ولم يقل بالله وقال سبحانه وتعالى اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله فالله سبحانه وتعالى سماه يمينا بقوله تعالى اتخذوا ايمانهم جنة وقال تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولم يذكر بالله ثم سماه قسما والقسم لا يكون الا بالله تعالى في عرف الشرع واستدل محمد بقوله ولا يستثنون فقال أفيكون الاستثناء الا في اليمين وفيه نظر لان الاستثناء لا يستدعي تقدم اليمين لا محالة وانما يستدعي الاخبار عن أمر يفعله في المستقبل كما قال تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا أن يشاء الله وقوله اعزم معناه أوجب فكان اخبارا عن الايجاب في الحال وهذا معنى اليمين وكذا لو قال عزمت لا أفعل كذا كان حالفا وكذا لو قال آليت لا أفعل كذا لان الالية هي اليمين وكذا لو قال على نذر أو نذر الله فهو يمين لقوله صلى الله عليه وسلم من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى ومن نذر ولم يسم فعليه كفارة يمين وقال صلى الله عليه وسلم النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وروى أن عبد الله بن الزبير قال لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لا حجرن عليها فبلغ ذلك عائشة فقالت أو قال ذلك قالوا نعم فقالت لله على نذر ان كلمته أبداً فاعتق عن يمينها عبداً وكذا قوله على يمين أو يمين الله في قول

أصحابنا الثلاثة وقال زفر له على يمين لا يكون يمينا (وجه) قوله على ما ذكرنا فيما تقدم ان اليمين قد يكون بالله وقد يكون بغير الله تعالى فلا ينعقد يميناً بالشك (ولنا) أن قوله على يمين أى يمين الله اذ لا يجوز اليمين بغير الله تعالى وقوله يمين الله دون قوله على يمين فكيف معه أو يقال معنى قوله على يمين أو يمين الله أى على موجب يمين الله الا انه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه طلبا للتخفيف عند كثرة الاستعمال ولو قال على عهد الله أو ذمة الله أو ميثاقه فهو يمين لان اليمين بالله تعالى هى عهد الله على تحقيق أو نفيه ألا ترى الى قوله تعالى واوفوا بالعهد اذا عاهدتم ثم قال سبحانه وتعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وجعل العهد يمينا والذمة هى العهد ومنه أهل الذمة أى أهل العهد والميثاق والعهد من الاسماء المترادفة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا قال فى وصيته اياهم وان أرادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم أى عهد الله وعهد رسوله ولو قال ان فعل كذا فهو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء عن الاسلام أو كافر او يعبد من دون الله أو يعبد الصليب أو نحو ذلك مما يكون اعتقاده كفرا فهو يمين استحسانا والقياس انه لا يكون يمينا وهو قول الشافعى وجه القياس انه علق الفعل المحلوف عليه بما هو معصية فلا يكون حالفا كما لو قال ان فعل كذا فهو شارب خمراً أو آكل ميتة وجه الاستحسان ان الحلف بهذه الالفاظ متعارف بين الناس فانهم يحلفون بها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير ولو لم يكن ذلك حلفا لما تعارفوا لان الحلف بغير الله تعالى معصية فدل تعارفهم على انهم جعلوا ذلك كناية عن الحلف بالله عز وجل وان لم يعقل وجه الكناية فيه كقول العرب لله على ان أضرب ثوبى حطيم الكعبة ان ذلك جعل كناية عن التصدق فى عرفهم وان لم يعقل وجه الكناية فيه كذا ههنا هذا اذا أضاف اليمين الى المستقبل فاما اذا أضاف الى الماضى بان قال هو يهودى أو نصرانى ان فعل كذا لشىء قد فعله فهذا يمين الغموس بهذا اللفظ ولا كفارة فيه عندنا لكنه هل يكفر لم يذكر فى الاصل وعن محمد ابن مقاتل الرازى انه يكفر لانه علق الكفر بشىء يعلم انه موجود فصار كانه قال هو كافر بالله وكتب نصر بن يحيى الى ابن شجاع يسأله عن ذلك فقال لا يكفر وهكذا روى عن أبى يوسف انه لا يكفر وهو الصحيح لانه ما قصد به الكفر ولا اعتقده وانما قصد به ترويج كلامه وتصديقه فيه ولو قال عصيت الله ان فعلت كذا أو عصيته فى كل ما افترض على فليس بيمين لان الناس ما اعتادوا الحلف بهذه الالفاظ ولو قال هو يأكل الميتة أو يستحل الدم أو لحم الخنزير أو يترك الصلاة والزكاة ان فعل كذا فليس شىء من ذلك يمينا لانه ليس بايجاب بل هو اخبار عن فعل المعصية فى المستقبل بخلاف قوله هو يهودى أو نحوه لان ذلك ايجاب فى الحال وكذلك لو دعى على نفسه بالموت أو عذاب النار بان قال عليه عذاب الله ان فعل كذا أو قال أماته الله ان فعل كذا لان هذا ليس بايجاب بل دعاء على نفسه ولا يحلف بالآباء والامهات والابناء ولو حلف بشىء من ذلك لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله تعالى والناس وان تعارفوا الحلف بهم لكن الشرع نهى عنه وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا فيحلف بالله أو ليذر وروى عنه انه قال صلى الله عليه وسلم من حلف بغير الله فقد أشرك ولان هذا النوع من الحلف لتعظيم المحلوف وهذا النوع من التعظيم لا يستحقه الا الله تعالى ولو قال ودين الله أو طاعته أو شرائعه أو أنبيائه وملائكته أو عرشه لم يكن يمينا لانه حلف بغير الله ومن الناس من قال الحلف بالانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم يمين وهذا غير سديد للحديث ولانه حلف بغير الله فلا يكون قسما كالحلف بالكعبة كذا لو قال وبيت الله أو حلف بالكعبة أو بالمشعر الحرام أو بالصفا أو بالمروة أو بالصلاة أو الصوم أو الحج لان كل ذلك حلف بغير الله عز وجل وكذا الحلف بالحجر الاسود والقبر والمنبر لما قلنا ولا يحلف بالسماء ولا بالارض ولا بالشمس ولا بالقمر والنجوم ولا بكل شىء سوى الله تعالى وصفاته العلية لما قلنا وقد قال أبو حنيفة لا يحلف الا بالله متجردا بالتوحيد والاخلاص ولو قال وعبادة وحمد الله فليس بيمين لانه حلف بغير الله ألا ترى ان العبادة والحمد فعلك ولو قال بالقرآن أو بالمصحف أو بسورة كذا من القرآن فليس بيمين لانه حلف بغير الله تعالى وأما المصحف فلا شك فيه وأما

القرآن وسورة كذا فلان المتعارف من اسم القرآن الحروف المنظومة والاصوات المقطعة بتقطيع خاص لا كلام
الله الذى هو صفة أزلية قائمة بذاته تنافى السكوت والآفة ولو قال بحدود الله لا يكون يمينا كذا ذكر فى الاصل
واختلفوا فى المراد بحدود الله قال بعضهم يراد به الحدود المعروفة من حد الزنا والسرقة والشرب والقذف وقال بعضهم
يراد بها الفرائض مثل الصوم والصلاة وغيرهما وكل ذلك حلف بغير الله تعالى فلا يكون يمينا وقد روى عن النبى صلى
الله عليه وسلم أنه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله ولا تحلفوا الا بالله ومن حلف له بالله
فليرض ومن لم يرض فليس منا ولو قال عليه غضب الله أو سخطه أو لعنته ان فعل كذا لم يكن يمينا لانه دعاء على نفسه
بالعذاب والعقوبة والطرد عن الرحمة فلا يكون حالفا كما لو قال عليه عذاب الله وعقابه و بعده عن رحمته ومن مشايخنا
بالعراق من قال فى تخريجه القسم بالصفات ان الصفات على ضربين صفة للذات وصفة للفعل وفصل بينهما بالنفى
والاثبات وهو ان ما يثبت ولا ينفى فهو صفة للذات كالعلم والقدرة ونحوهما وما يثبت و ينفى فهو صفة الفعل كالتكوين
والاحياء والرزق ونحو ذلك وجعل الرحمة والغضب من صفات الفعل فجعل صفة الذات قديمة وصفة الفعل حادثة
فقال الحلف بصفة الذات يكون حلفا بالله فيكون يمينا والحلف بصفة الفعل يكون حلفا بغير الله تعالى فلا يكون يمينا
والقول بحدوث صفات الفعل مذهب المعتزلة والاشعرية الا انهم اختلفوا فى الحد الفاصل بين الصفتين ففصلت
المعتزلة بما ذكره هذا القائل من النفى والاثبات والاشعرية فصلت بلزوم النقيصة وعدم اللزوم وهو انه ما يلزم بنفيه
نقيصة فهو من صفات الذات وما لا يلزم بنفيه نقيصة فهو من صفات الفعل مع اتفاق الفريقين على حدوث صفات
الفعل وانما اختلفت عباراتهم فى التحديد لاجل الكلام فكلام الله تعالى محدث عند المعتزلة لانه ينفى و يثبت فكان
من صفات الفعل فكان حادثا وعند الاشعرية أزلى لانه يلزم بنفيه نقيصة فكان من صفات الذات فكان قديما
ومذهبنا وهو مذهب أهل السنة والجماعة ان صفات الله أزلية والله تعالى موصوف بها فى الازل سواء كانت راجعة
الى الذات أو الى الفعل فهذا التخريج وقع معدولا به عن مذهب أهل السنة والجماعة وانما الطريقة الصحيحة
والحجة المستقيمة فى تخريج هذا النوع من المسائل ما سلكنا والله تعالى الموفق للسداد والهادى الى سبيل الرشاد
وهذا الذى ذكرنا اذا ذكر اسم الله تعالى فى القسم مرة واحدة فاما اذا كرر فجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما أن
ذكر المقسم به وهو اسم الله تعالى ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر اسم الله تعالى ثانيا ثم ذكر المقسم عليه واما ان ذكرهما
جميعا ثم أعادهما جميعا وكل ذلك لا يخلو من أن يكون بحرف العطف أو يكون بدونه فان ذكر اسم الله تعالى ولم يذكر
المقسم عليه حتى كرر اسم الله تعالى ثم ذكر المقسم عليه فان لم يدخل بين الاسمين حرف العطف كان يمينا واحدة بلا
خلاف سواء كان الاسم مختلفا أو متفقا فالمختلف نحو ان يقول والله الرحمن ما فعلت كذا وكذا لانه لم يذكر حرف
العطف والثانى يصلح صفة للاول علم انه أراد به الصفة فيكون حالفا بذات موصوف لا باسم الذات على حدة و باسم
الصفة على حدة والمتفق نحو أن يقول الله والله ما فعلت كذا لان الثانى لا يصلح نعتا للاول و يصلح تكرارا
وتأكيدا فيكون يمينا واحدة الا أن ينوى به يمينين و يصير قوله الله ابتداء يمين بحذف حرف القسم وانه قسم صحيح
على ما بينا فيما تقدم وان أدخل بين القسمين حرف عطف بأن قال والله والرحمن لا أفعل كذا ذكر محمد فى الجامع
انهما يمينان وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وأبى يوسف وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة انه يكون يمينا
واحدة و به أخذ زفر وقد روى هذا أيضا عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول وجه رواية المذكور فى الجامع انه لما
عطف أحد الاسمين على الآخر فكان الثانى غير الاول لان المعطوف غير المعطوف عليه فكان كل واحد منهما
يمينا على حدة بخلاف ما اذا لم يعطف لانه اذا لم يعطف أحدهما على الآخر يجعل الثانى صفة للاول لانه يصلح صفة
لان الاسم يختلف ولهذا يستحلف القاضى بالاسماء والصفات من غير حرف العطف فيقول والله الرحمن الرحيم
الطالب المدرك ولا يجوز أن يستحلف مع حرف العطف لانه ليس على المدعى عليه الا يمين واحدة وجه رواية

الحسن ان حرف العطف قد يستعمل للاستئناف وقد يستعمل للصفة فانه يقال فلان العالم والزاهد والجواد والشجاع فاحتمل المغايرة واحتمل الصفة فلا تثبت يمين أخرى مع الشك والحاصل ان أهل اللغة اختلفوا فى هذه المسألة فى ان هذا يكون يمينا واحدة أو يكون يمينين ولقب المسألة ان ادخال القسم على القسم قبل تمام الكلام هل يجوز قال بعضهم لا يجوز وهو قول أبى على الفسوى والخليل حتى حكى سيبويه عن الخليل ان قوله عز وجل والليل اذا يغشى والنهار اذا تجلى يمين واحدة وقال بعضهم يجوز وهو قول الزجاج والفراء حتى قال الزجاج ان قوله عز وجل ص قسم وقوله عز وجل والقرآن ذى الذكر قسم آخر والحجج وتعريف ترجيح أحد القولين على الآخر تعرف فى كتب النحو وقد قيل فى ترجيح القول الاول على الثانى انا اذا جعلناهما يمينا واحدة لا نحتاج الى ادراج جواب آخر بل يصير قوله لا أفعل مقسما عليه بالاسمين جميعا ولو جعلنا كل واحد منهما قسما على حدة لاحتجنا الى ادراج ذكر المقسم عليه لاحد الاسمين فيصير كانه قال والله والله لا أفعل كذا فعلى قياس ما ذكر محمد فى الجامع يكون يمينين وروى محمد فى النوادر انه يمين واحدة كانه استحسن وحمله على التكرار لتعارف الناس وهكذا ذكر فى المنتقى عن محمد انه اذا قال والله والله والله لا أفعل كذا القياس ان يكون ثلاثة ايمان بمنزلة قوله والله والرحمن والرحيم وفيه قبح وينبغى فى الاستحسان ان يكون يمينا واحدة هكذا ذكر ولو قال والله والله لا أفعل كذا ذكر محمد ان القياس ان يكون عليه كفارتان ولكنى أستحسن فأجعل عليه كفارة واحدة وهذا كله فى الاسم المتفق ترك محمد القياس وأخذ بالاستحسان لمكان العرف لما زعم أن معانى كلام الناس عليه هذا اذا ذكر المقسم به ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر اسم الله ثانيا فأما اذا ذكرهما جميعا ثم أعادهما فان كان بحرف العطف بان قال والله لا أفعل كذا والرحمن لا أفعل كذا أو قال والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا فلا شك انهما يمينان سواء كان ذلك فى مجلسين أو فى مجلس واحد حتى لو فعل كان عليه كفارتان وكذا لو أعادهما بدون حرف العطف بان قال والله لا أفعل كذا وقال والله لا أفعل كذا لانه لما أعاد المقسم عليه مع الاسم الثانى علم أنه أراد به يمينا أخرى اذ لو أراد الصفة أو التأكيد لما أعاد المقسم عليه ولو قال والله لا أفعل كذا أو قال والله لا أفعل كذا وقال أردت بالثانى الخبر عن الاول ذكر الكرخى انه يصدق لان الحكم المتعلق باليمين بالله تعالى هو وجوب الكفارة وانه أمر بينه وبين الله تعالى ولفظه محتمل فى الجملة وان كان خلاف الظاهر فكان مصدقا فيما بينه وبين الله عز وجل وروى عن أبى حنيفة انه لا يصدق فان المعلى روى عن أبى يوسف انه قال فى رجل حلف فى مقعد واحد بأربعة أيمان أو أكثر أو باقل فقال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن ذلك فقال لكل يمين كفارة ومقعد واحد ومقاعد مختلفة واحد فان قال عنى بالثانية الاولى لم يصدق فى اليمين بالله تعالى ويصدق فى اليمين بالحج والعمرة والفدية وكل يمين قال فيها على كذا والفرق ان الواجب فى اليمين القرب فى لفظ الحالف لان لفظه يدل على الوجوب وهو قوله على كذا وصيغة هذا صيغة الخبر فاذا أراد بالثانية الخبر عن الاول صح بخلاف اليمين بالله تعالى فان الواجب فى اليمين بالله تعالى ليس فى لفظ الحالف لان لفظه لا يدل على الوجوب وانما يجب بحرمة اسم الله وكل يمين منفردة بالاسم فينفرد بحكمها فلا يصدق انه أراد بالثانية الاولى وروى عن محمد انه قال فى رجل قال هو يهودى ان فعل كذا وهو نصرانى ان فعل كذا وهو مجوسى ان فعل كذا وهو مشرك ان فعل كذا لشئ واحد قال عليه لكل شئ من ذلك يمين ولو قال هو يهودى هو نصرانى هو مجوسى هو مشرك فهو يمين واحدة وهذا على الاصل الذى ذكرنا انه اذا ذكر المقسم به مع المقسم عليه ثم أعاده فالثانى غير الاول فى قولهم جميعا واذا ذكر المقسم به وكرره من غير حرف العطف فهو يمين واحدة فى قولهم جميعاً

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط ركن اليمين بالله تعالى فانواع بعضها يرجع الى الحالف وبعضها يرجع الى المحلوف عليه وبعضها يرجع الى نفس الركن أما الذى يرجع الى الحالف فانواع منها ان يكون عاقلا بالغا يصح يمين الصبى والمجنون وان كان عاقلا لانها تصرف ايجاب وهما ليسا من أهل الايجاب ولهذا لم يصح نذرهما ومنها ان يكون مسلما

فلا يصح يمين الكافر وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط حتى لو حلف الكافر على يمين ثم أسلم فحنث فلا كفارة
عليه عندنا وعنده تجب الكفارة الا انه اذا حنث في حال الكفر لا تجب عليه الكفارة بالصوم بل بالمال وجه قوله
ان الكافر من أهل اليمين بالله تعالى بدليل انه يستحلف في الدعاوى والخصومات وكذا يصح ايلاؤه ولو لم يكن أهلا
لما انعقد كايلاء الصبي والمجنون وكذا هو من أهل اليمين بالطلاق والعتاق فكان من أهل اليمين بالله تعالى كالمسلم
بخلاف الصبي والمجنون (ولنا) ان الكفارة عبادة والكافر ليس من أهلها والدليل على ان الكفارة عبادة انها
لا تتأدى بدون النية وكذا لا تسقط باداء الغير عنه وهما حكمان مختصان بالعبادات اذ غير العبادة لا تشترط فيه
النية ولا يختص سقوطه باداء من عليه كالديون ورد المغصوب ونحوها والدليل عليه أن للصوم فيها مدخلا على وجه
البدل و بدل العبادة يكون عبادة والكافر ليس من أهل العبادات فلا تجب بيمينه الكفارة فلا تنعقد يمينه كيمين
الصبي والمجنون وانما يستحلف في الدعاوى لان المقصود من الاستحلاف التحرج عن الكذب كالمسلم فاستويا
فيه وانما يفارق المسلم فيما هو عبادة وهكذا نقول في الايلاء انه لا يصح في حق وجوب الكفارة لان الايلاء يتضمن
حكمين وجوب الكفارة على تقدير القربان ووقوع الطلاق بعد انقضاء المدة اذا لم يقربها في المدة والكفارة
حق الله تعالى فلا يؤاخذ به الكافر والطلاق حق العبد فيؤاخذ به وأما الحرية فليست بشرط فتصح يمين
المملوك الا انه لا يجب عليه للحال الكفارة بالمال لانه لا ملك له وانما يجب عليه التكفير بالصوم وللمولى ان يمنعه من
الصوم وكذا كل صوم وجب بمباشرة سبب الوجوب من العبد كالصوم المنذور به لان المولى يتضرر بصومه
والعبد لا يملك الاضرار بالمولى ولو أعتق قبل ان يصوم يجب عليه التكفير بالمال لان استفاد أهلية الملك بالعتق
وكذا الطواعية ليست بشرط عندنا فيصح من المكره لانها من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ فلا يؤثر فيه الاكراه
كالطلاق والعتاق والنذر وكل تصرف لا يحتمل الفسخ وعند الشافعي شرط وهي من مسائل الاكراه وكذا
الجد والعمد فتصح من الخاطئ والهازل عندنا خلافا للشافعي (وأما) الذي يرجع الى المحلوف عليه فهو ان
يكون متصور الوجود حقيقة عند الحلف هو شرط انعقاد اليمين على أمر في المستقبل و بقاؤها أيضا متصور الوجود
حقيقة بعد اليمين شرط بقاء اليمين حتى لا ينعقد اليمين على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ولا يبقى اذا صار بحال
يستحيل وجوده وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط لانعقاد اليمين ولا
لبقائها وانما الشرط ان تكون اليمين على أمر في المستقبل وأما كونه متصور الوجود عادة فهل هو شرط انعقاد
اليمين قال أصحابنا الثلاثة ليس بشرط فينعقد على ما يستحيل وجوده عادة بعد ان كان لا يستحيل وجوده حقيقة
وقال زفر هو شرط لا تنعقد اليمين بدونه وبيان هذه الجملة اذا قال والله لاشربن الماء الذي في هذا الكوز فاذا
لا ماء فيه لم تنعقد اليمين في قول أبي حنيفة ومحمد و زفر لعدم شرط الانعقاد وهو تصور شرب الماء الذي حلف عليه
وعند أبي يوسف تنعقد لوجود الشرط وهو الاضافة الى أمر في المستقبل وان كان يعلم انه لا ماء فيه تنعقد عند أصحابنا
الثلاثة وعند زفر لا تنعقد وهو رواية عن أبي حنيفة انه لا تنعقد علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف اذا وقت وقال والله
لاشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم ولا ماء في الكوز انه لا تنعقد عند أبي حنيفة ومحمد وزفر وعند أبي
يوسف تنعقد وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لاقتلن فلانا وفلان ميت وهو لا يعلم بموته انه لا تنعقد عندهم خلافا لابي
يوسف وان كان عالما بموته تنعقد عندهم خلافا لزفر ولو قال والله لامسن السماء أو لاصعدن السماء أو لاحولن هذا
الحجر ذهبا تنعقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا تنعقد أما الكلام مع أبي يوسف فوجه قوله ان الحالف جعل
شرط عدم حنثه القتل والشرب في المطلق وفي الموقت عدم الشرب في المدة وقد تأكد العدم فتأكد شرط الحنث
فيحنث كما في قوله والله لامسن السماء أو لاحولن هذا الحجر ذهبا ولهما أن اليمين تنعقد للبر لان البر هو موجب اليمين
وهو المقصود الاصلي من اليمين أيضا لان الحالف بالله تعالى يقصد بيمينه تحقيق البر والوفاء بما عهد وانجاز ما وعد ثم

الكفارة تجب لدفع الذنب الحاصل بتفويت البر وهو الحنث فاذا لم يكن البر متصور الوجود حقيقة لا يتصور الحنث
فلم يكن فى انعقاد اليمين فائدة فلا تنعقد والدليل على ان البر غير متصور الوجود من هذه اليمين حقيقة انه اذا كان عنده ان
فى الكوز ماء وان الشخص حى فيمينه تقع على الماء الذى كان فيه وقت اليمين وعلى ازالة حياة قائمة وقت اليمين والله
تعالى وان كان قادرا على خلق الماء فى الكوز ولكن هذا المخلوق لا يكون ذلك الماء الذى وقعت يمينه عليه
وفى مسئلة القتل زالت تلك الحياة على وجه لا يتصور عودها بخلاف ما اذا كان عالما بذلك لانه اذا كان عالما به فانما
انعقد يمينه على ماء آخر يخلقه الله تعالى وعلى حياة أخرى يحدثها الله تعالى الا ان ذلك على نقض العادة فكان
العجز عن تحقيق البر ثابتا عادة فيحنث بخلاف قوله والله لامسن السماء ونحوه لان هناك البر متصور الوجود فى نفسه
حقيقة بان يقدره الله تعالى على ذلك كما أقدر الملائكة وغيرهم من الانبياء عليهم الصلاة والسلام الا انه عاجز عن ذلك
عادة فللتصور وجوده حقيقة انعقدت وللعجز عن تحقيقه عادة حنث ووجبت الكفارة وأما الكلام مع زفر فى
اليمين على مس السماء ونحوه فهو يقول المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وفى المستحيل حقيقة لا تنعقد كذا فى
المستحيل عادة ولنا ان اعتبار الحقيقة والعادة واجب ما أمكن وفيما قلناه اعتبار الحقيقة والعادة جميعا وفيما قاله اعتبار
العادة واهدار الحقيقة فكان ما قلناه أولى ولو قال والله لامسن السماء اليوم يحنث فى آخر اليوم عند أبى حنيفة ومحمد
وفى قياس قول أبى يوسف انه يحنث فى الحال وقد روى عن أبى يوسف ما يدل عليه فانه قال فى رجل حلف ليشربن
ماء دجلة كله اليوم قال أبو حنيفة لا يحنث حتى يمضى اليوم وقال أبو يوسف يحنث الساعة فان قال فى يمينه غدا لم
يحنث حتى يمضى اليوم فى قول أبى حنيفة لان الانعقاد يتعلق بآخر اليوم عنده فاما أبو يوسف فقال يحنث فى أول جزء
من أجزاء الغد لان شرط البر غير منتظر فكانه قال لها أنت طالق فى غد والله عز وجل أعلم هذا اذا لم يكن المحلوف
عليه متصور الوجود حقيقة أو عادة وقت اليمين حتى انعقدت اليمين بلا خلاف ثم فات فالحلف لا يخلو اما ان يكون
مطلقا عن الوقت واما ان يكون موقتا بوقت وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون فى الاثبات أو فى النفى فان كان مطلقا فى
الاثبات بان قال والله لآكلن هذا الرغيف أو لاشربن الماء الذى فى هذا الكوز أو لادخلن هذه الدار أو لآتين
البصرة فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين لا يحنث لان الحنث فى اليمين المطلقة يتعلق بفوات البر فى جميع البر
فما داما قائمين لا يقع اليأس عن تحقيق البر فلا يحنث فاذا هلك أحدهما يحنث لوقوع العجز عن تحقيقه غير انه اذا
هلك المحلوف عليه يحنث وقت هلاكه واذا هلك الحالف يحنث فى آخر جزء من أجزاء حياته لان الحنث فى الحالين
بفوات البر ووقت فوات البر فى هلاك المحلوف عليه وقت هلاكه وفى هلاك الحالف آخر جزء من أجزاء حياته
وان كان فى النفى بان قال والله لا آكل هذا الرغيف أو لا أشرب الماء الذى فى هذا الكوز فلم يأكل ولم يشرب
الماء حتى هلك أحدهما فقد بر فى يمينه لوجود شرط البر وهو عدم الاكل والشرب وان كان موقتا بوقت فالوقت
نوعان موقت نصا وموقت دلالة أما الموقت نصا فان كان فى الاثبات بان قال والله لآكلن هذا الرغيف اليوم أو
لاشربن هذا الماء الذى فى هذا الكوز اليوم أو لادخلن هذه الدار ونحو ذلك فما دام الحالف والمحلوف عليه
قائمين والوقت قائما لا يحنث لان البر فى الوقت مرجو فتبقى اليمين وان كان الحالف والمحلوف عليه قائمين ومضى
الوقت يحنث فى قولهم جميعا لان اليمين كانت مؤقتة بوقت فاذا لم يفعل المحلوف عليه حتى مضى الوقت وقع اليأس عن
فعله فى الوقت ففات البر عن الوقت فيحنث وان هلك الحالف فى الوقت والمحلوف عليه قائم فمضى الوقت لا يحنث
بالاجماع لان الحنث فى اليمين المؤقتة بوقت يقع فى آخر أجزاء الوقت وهو ميت فى ذلك الوقت والميت لا يوصف
بالحنث وان هلك المحلوف عليه والحالف قائم والوقت باق فيبطل اليمين فى قول أبى حنيفة ومحمد وزفر وعند أبى
يوسف لا تبطل ويحنث واختلفت الرواية عنه فى وقت الحنث انه يحنث للحال أو عند غروب الشمس
روى عنه انه يحنث عند غروب الشمس وروى عنه انه يحنث للحال قيل وهو الصحيح من مذهبه وان كان

في النفي فمضى الوقت والحالف والمحلوف عليه قائمان فقد بر في يمينه لوجود شرط البر وكذلك ان هلك الحالف
والمحلوف عليه في الوقت لما قلنا وان فعل المحلوف عليه في الوقت حنث لوجود شرط الحنث وهو الفعل في الوقت
والله عز وجل أعلم (وأما) الموقت دلالة فهو المسمى يمين الفور وأول من اهتدى الى جوابها أبو حنيفه ثم كل من سمعه
استحسنه ومارآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهو أن يكون اليمين مطلقا عن الوقت نصا ودلالة الحال تدل على
تقييد الشرط بالفور بان خرج جوابا للكلام أو بناء على أمر نحو ان يقول لآخر تعال تغد معي فقال والله لا أتغدى
فلم يتغد معه ثم رجع الى منزله فتغدى لا يحنث استحسانا والقياس ان يحنث وهو قول زفر وجه القياس انه منع نفسه
عن التغدي عاما فصرفه الى البعض دون البعض تخصيص للعموم (ولنا) ان كلامه خرج جوابا للسؤال فينصرف الى
ما وقع السؤال عنه والسؤال وقع عن الغداء المدعو اليه فينصرف الجواب اليه كانه أعاد السؤال وقال والله لا أتغدى
الغداء الذي دعوتني اليه وكذا اذا قامت امرأته لتخرج من الدار فقال لها ان خرجت فانت طالق فقعدت ثم
خرجت بعد ذلك لا يحنث استحسانا لان دلالة الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة كانه قال ان خرجت هذه
الخرجة فانت طالق ولو قال لها ان خرجت من هذه الدار على الفور أو في هذا اليوم فانت طالق بطل اعتبار الفور
لانه ذكر ما يدل على انه ما أراد به الخرجة المقصود اليها وانما أراد الخروج المطلق عن الدار في اليوم حيث زاد على
قدر الجواب وعلى هذا يخرج ما اذا قيل له انك تغتسل الليلة في هذه الدار من جنابة فقال ان اغتسلت فعبدي حر ثم
اغتسل لا عن جنابة ثم قال عنيت به الاغتسال عن جنابة انه يصدق لانه أخرج الكلام مخرج الجواب ولم يأت بما
يدل على اعراضه عن الجواب فيتقيد بالكلام السابق ويجعل كانه اعاده ولو قال ان اغتسلت فيها الليلة عن جنابة فانت
حر أو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار فعبدي حر ثم قال عنيت الاغتسال عن جنابة لا يصدق في القضاء لانه زاد
على القدر المحتاج اليه من الجواب حيث أتى بكلام مفيد مستقل بنفسه فخرج عن حد الجواب وصار كلاما مبتدأ
فلا يصدق في القضاء لكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل انه أراد به الجواب ومع هذا زاد على قدره وهذا
وان كان بخلاف الظاهر لكن كلامه يحتمله في الجملة وعلى هذا يخرج ما قاله ابن سماعة سمعت محمدا يقول في رجل
قال لآخر ان ضربتني ولم أضربك وما أشبه ذلك فهذا على الفور وقوله لم يكون على وجهين على قبل وعلى بعد
فان كانت على بعد فهي على الفور ولو قال ان كلمتني فلم أجبك فهذا على بعد وهو على الفور وان قال ان ضربتني ولم
أضربك فهو عندنا على ان يضرب الحالف قبل ان يضرب المحلوف عليه فان أراد به بعد ونوى ذلك فهو على الفور
وهكذا روى عن محمد وجملة هذا ان هذه اللفظة قد تدخل على الفعل الماضي وقد تدخل على المستقبل فما كان معاني
كلام الناس عليه حمل عند الاطلاق عليه وان كانت مستعملة في الوجهين على السواء تميز أحدهما بالنية فاذا
قال ان ضربتني ولم أضربك فقد حمله محمد على الماضي كانه رأى معاني كلام الناس عليه عند الاطلاق فكانه قال
ان ضربتني من غير مجازاة لما كان مني من الضرب فعبدي حر ويحتمل الاستقبال أيضا فاذا نواه حمل عليه وقوله ان
كلمتني ولم أجبك فهذا على المستقبل لان الجواب لا يتقدم الكلام فحمل على الاستقبال ويكون على الفور لانه يراد به
الفور عادة وروى عن محمد فيمن قال كل جارية يشتريها فلا يطؤها فهي حرة قال هذا يطؤها ساعة يشتريها فان لم
يفعل فهي حرة لان الفاء تقتضي التعقيب ولو قال مكان هذا ان لم يطأها فهذا على ما بينه وبين الموت متى وطئها بر لان
كلمة ان كلمة شرط فلا تقتضي التعجيل قال هشام عن أبي يوسف فيمن قال لغلامه ان لم تأتني حتى أضربك فانت
حر فجاء من ساعته فلم يضربه قال متى ما ضربه فانه يبر في يمينه ولا يعتق الا ان ينوي ساعة أمره بذلك لما ذكرنا ان ان
للشرط فلا تقتضي التعجيل اذا لم يكن في الكلام ما يدل عليه ولو قال ان لم أشتر اليوم عبدا فاعتقه فعلي كذا فاشترى
عبدا فوهبه ثم اشترى آخر فاعتقه قال محمد انما وقعت يمينه على العبد الاول فاذا أمسى ولم يعتقه حنث لان تقدير
كلامه ان اشتريت عبدا فعلي عتقه فان لم أعتقه فعلي حجة وهذا قد استحقه الاول فلم يدخل الثاني في اليمين قال

هشام عن محمد فيمن قال لآخر ان مت ولم أضربك فكل مملوك لى حر فمات الحالف ولم يضربه قال محمد لا يعتقون
لان من شرط الحنث ان يكون بعد الموت ولا ملك له فى ذلك الوقت فلا يعتقون وان قال ان لم أضربك فكل مملوك لى
حر لا يحنث حتى يخرج نفسه فيحنث قبل خروج نفسه يعنى فى آخر جزء من أجزاء حياته فيعتقون حينئذ لان شرط
الحنث ترك الضرب وانه يتحقق فى تلك الحالة ولو قال ان لم أدخل هذه الدار حتى أموت فغلامه حر فلم يدخلها حتى
مات لم يعتق وكذلك قال محمد فيمن قال ان لم أضربك فيما بينى و بين ان أموت فعبدى حر فلم يضربه حتى مات عتق
العبد قبل ان يموت لان فى الاول حنث بعد الموت وقال محمد فى الزيادات فيمن قال لرجل امرأته طالق ان لم تخبر
فلانا بما صنعت حتى يضربك فعبدى حر فاخبره فلم يضربه بر فى يمينه لانه جعل شرط البر الاخبار لانه سبب
صالح للضرب جزاء له على صنعه والاخبار مما لا يمتد ولا يضرب له المدة فتعذر جعله للغاية فجعل للجزاء وقوله حتى
يضربك بيان الغرض بمعنى ليضربك فيصير معناه ان لم أتسبب لضربك فاذا أخبر بصنيعه فقد تسبب لضربه فبر فى
يمينه وكذلك اذا قال ان لم آتك حتى تغدينى أو ان لم أضربك حتى تضربنى فعبدى حر فاتاه فلم يغده أو ضربه ولم
يضربه بر فى يمينه لان التغدية لا تصلح غاية للاتيان لكونها داعية الى زيادة الاتيان وكذلك الضرب يدعو الى زيادة
الضرب لا الى تركه وانهائه فلا يجعل غاية و يجعل جزاء لوجود شرطه ولو قال ان لم ألزمك حتى تقضينى حقى أو لم
أضربك حتى يدخل الليل أو حتى تشتكى يدى أو حتى تصيح أو حتى يشفع لك فلان أو حتى ينهانى فلان فترك
الملازمة قبل ان يقضى حقه أو ترك الضرب قبل وجود هذه الاسباب حنث لان كلمة حتى ههنا للغاية اذ المعقود عليه
فعل ممتد وهو الملازمة والضرب فى قضاء الدين مؤثر فى انهاء الملازمة اذ هو المقصود من الملازمة والشفاعة والصياح
والنهى وغيرها مؤثر فى ترك الضرب وانهائه فصارت للغاية لوجود شرطها ولو نوى به الجزاء يصدق فيما بينه و بين الله
تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق فى القضاء لانه أراد به التخفيف على نفسه فكان متهما وان قال ان لم آتك
اليوم حتى أتغدى عندك أو ان لم آتك حتى أضربك فعبدى حر فاتاه فلم يتغد عنده أو لم يضربه حتى مضى اليوم حنث
لان كلمة حتى ههنا للعطف لان الفعلين جميعا من جانب واحد وهو الحالف فيصير كانه قال ان لم آتك اليوم فاضربك
أو فاتغدى عندك فان لم يوجدا جميعا لا يبر بخلاف قوله حتى تغدينى لان هناك أحد الفعلين من غيره فكان عوض
فعله فلا يحنث بعدمه وان لم يوقت باليوم فاتاه ولم يتغد لم يحنث لان البر موجود بان يأتيه و يتغدى أو يتغدى من غير
اتيان و وقت البر متسع فلا يحنث كما لو صرح به وقال ان لم آتك فاتغدى عندك ولو قال ذلك لا يحنث مادام حيا
كذلك هذا وحكى هشام عن أبى يوسف ان من قال لامته ان لم تجيئينى الليلة حتى أجامعك مرتين فانت حرة فجاءته
فجامعها مرة وأصبح حنث فى يمينه وهذا وقوله ان لم تجيئينى الليلة فاجامعك مرتين سواء فيصير المجىء والمجامعة مرتين
شرطا للبر فاذا انعدم يحنث فان لم يوقت بالليل لا يحنث وله أن يجامعها فى أى وقت شاء لان وقت البر يتسع عند عدم
التوقيت وقال ابن سماعة عن محمد اذا قال ان ركبت دابتك فلم أعطك دابتى فعبدى حر قال هذا على الفور اذا ركب
دابته فينبغى أن يعطيه دابة نفسه ساعتئذ وكذلك اذا قال ان دخلت دارك فلم أجلس فيها لان الفاء للتعقيب فيقتضى
وجود ما دخلت عليه عقيب الشرط قال ولو قال ان رأيت فلانا فلم آتك به فعبدى حر فرآه أول ما رآه مع الرجل
الذى قال له ان رأيته فلم آتك به فان الحالف حانث الساعة لان يمينه وقعت على أول رؤية و يستحيل أن يأتيه بمن
هو معه قال القدورى وقد كان يجب ان لا يحنث عند أبى حنيفة ومحمد كما قالا فيمن قال له ان رأيت فلانا فلم أعلمك
بذلك فعبدى حر فرآه أول ما رآه مع الرجل الذى قال له ذلك لم يحنث عند أبى حنيفة ومحمد لان العلم بمن قد علمه محال
وكذلك الاتيان بمن معه فيصير كمن قال لاشربن الماء الذى فى هذا الكوز ولا ماء فيه ولو ان رجلا قال ان لقيتك فلم
أسلم عليك فان سلم عليه ساعة يلقاه والا حنث وكذلك ان قال ان استعرت دابتك فلم تعرنى لان هذا على المجازاة يدا
بيد وليس هذا مثل قوله ان دخلت الدار فان لم أكلم فلانا فهذا متى ما كلمه بر والاصل فيه ان يجىء فى هذا الباب

امور

أمور تشتبه فان لم فى معنى فلم يحمل على معظم معانى كلام الناس ولو قال ان أتيتنى فلم آتك أو ان زرتنى فلم أزرك أو ان أكرمتنى فلم أكرمك فهذا على الابد وهو فى هذا الوجه مثل فان لم لان الزيارة لا تتعقب الزيارة عادة فكان المقصود هو الفعل فان قيل أتيتنى فلم آتك فالامر فى هذا مشتبه قد يكون بمعنى ان لم آتك قبل اتيانك وقد يكون بمعنى ان لم آتك بعد اتيانك فكان محتملا للامرين فيحمل على ما كان الغالب من معانى كلام الناس عليه فان لم يكن فهو على ما نوى أى ذلك نوى من قبل أو بعد حملا على ما نوى وان لم تكن له نية يلحق بالمشتبه الذى لا يعرف له معنى فاما الذى يعرف من معناه انه قبل أو بعد فهو على الذى يعرف فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يكن له نية فان نوى خلاف ما يعرف لم يدين فى الحكم ودين فيما بينه وبين الله تعالى فالذى الظاهر منه قبل كقوله ان خرجت من باب لدار ولم أضربك والذى ظاهره بعد مثل قوله ان أعطيتنى كذا ولم أكافئك بمثله والمحتمل كقوله ان كلمتك ولم تكلمنى فهذا يحتمل قبل و بعد فايهما فعل لم يكن للحالف فيه وان كان نوى أحد الفعلين فهو على ما نوى وان كان قبل ذلك فنطق بكون هذا جوابا له فهو على الجواب والله عز وجل الموفق (وأما) الذى يرجع الى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء نحو ان يقول ان شاء الله تعالى او الا ان يشاء الله أو ما شاء الله أو الا أن يبدو لى غير هذا أو الا ان أرى غير هذا او الا ان أحب غير هذا أو قال ان أعاننى الله أو يسر الله أو قال بمعونة الله أو بتيسره ونحو ذلك فان قال شيأ من ذلك موصولا لم تنعقد اليمين وان كان مفصولا انعقدت وسيأتى الكلام فى الاستثناء وشرائطه فى كتاب الطلاق ولو قال الا ان أستطيع فان عنى استطاعة الفعل وهو المعنى الذى يقصد فلا يحنث أبدا لانها مقارنة للفعل عندنا فلا توجد ما لم يوجد الفعل وان عنى به استطاعة الاسباب وهى سلامة الآلات والاسباب والجوارح والاعضاء فان كانت له هذه الاستطاعة فلم يفعل حنث والا فلا وهذا لان لفظ الاستطاعة يحتمل كل واحد من المعنيين لانه يستعمل فيهما قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون وقال انك لن تستطيع معى صبرا والمراد منه استطاعة الفعل وقال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقال عز وجل فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد منه استطاعة سلامة الاسباب والآلات فاى ذلك نوى صحت نيته وان لم يكن له نية يحمل على استطاعة الاسباب وهو ان لا يمنعه مانع من العوارض والاشتغال لانه يراد بها ذلك فى العرف والعادة فعند الاطلاق ينصرف اليه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اليمين بالله تعالى فيختلف باختلاف اليمين اما يمين الغموس فحكمها وجوب الكفارة لكن بالتوبة والاستغفار لانها جراءة عظيمة حتى قال الشيخ أبو منصور الماتريدى كان القياس عندى ان المتعمد بالحلف على الكذب يكفر لان اليمين بالله تعالى جعلت للتعظيم لله تعالى والحالف بالغموس مجترئ على الله عز وجل مستخف به ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحلف بالآباء والطواغيت لان فى ذلك تعظيما لهم وتبجيلا فالوزر له فى الجراءة على الله أعظم وهذا لان التعمد بالحلف كاذبا على المعرفة بان الله عز وجل يسمع استشهاده بالله كاذبا مجترئ على الله سبحانه وتعالى ومستخف به وان كان غيره يزعم انه ذكر على طريق التعظيم وسبيل هذا سبيل أهل النفاق ان اظهارهم الايمان بالله سبحانه وتعالى استخفاف بالله تعالى لما كان اعتقادهم بخلاف ذلك وان كان ذلك القول تعظيما فى نفسه وصدقا فى الحقيقة تلزمهم العقوبة لما فيه من الاستخفاف وكذا هذا ولكن نقول لا يكفر بهذا لان فعله وان خرج مخرج الجراءة على الله تعالى والاستخفاف به من حيث الظاهر لكن غرضه الوصول الى مناه وشهوته لا القصد الى ذلك وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى فى سؤال السائل ان العاصى يطيع الشيطان ومن أطاع الشيطان فقد كفر كيف لا يكفر العاصى فقال لان فعله وان خرج مخرج الطاعة للشيطان لكن ما فعله قصدا الى طاعته وانما يكفر بالقصد اذ الكفر عمل القلب لا بما يخرج فعله فعل معصية فكذلك الاول وأما الكفارة المعهودة وهى الكفارة بالمال فلا تجب عندنا وعند الشافعى تجب احتج بقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم نفى المؤاخذة باليمين اللغو فى

الايمان وأثبتها بما كسب القلب ويمين الغموس مكسوبة القلب فكانت المؤاخذة ثابتة بها الا أن الله تعالى أبهم المؤاخذة فى هذه الآية الشريفة أنها بالاثم أو بالكفارة المعهودة لكن فسر فى الاخرى أن المؤاخذة بالكفارة المعهودة وهى قوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية فعلم أن المراد من المؤاخذة المذكورة فى تلك الآية هذه المؤاخذة وبقوله عز وجل ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية أثبت المؤاخذة فى اليمين المعقودة بالكفارة المعهودة ويمين الغموس معقودة لان اسم العقد يقع على عقد القلب وهو العزم والقصد وقد وجد بقوله عز وجل فى آخر الآية الكريمة ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم جعل الكفارة المعهودة كفارة الايمان على العموم خص منه يمين اللغو فمن ادعى تخصيص العموم فعليه الدليل مع ما ان أحق ما يراد به الغموس لانه علق الوجوب بنفس الحلف دون الحنث وذلك هو الغموس اذ الوجوب فى غيره يتعلق بالحنث (ولنا) قوله سبحانه وتعالى ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم فى الآخرة الآية وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مالا لقى الله وهو عليه غضبان وروى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار والاستدلال بالنصوص ان الله تعالى جعل موجب الغموس العذاب فى الآخرة فمن أوجب الكفارة فقد زاد على النصوص فلا يجوز الا بمثلها وما روى عن نبى الرحمة صلى الله عليه وسلم أنه قال للمتلاعنين بعد فراغهما من اللعان الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب دعاهما الى التوبة لا الى الكفارة المعهودة ومعلوم أن حاجتهما الى بيان الكفارة المعهودة لو كانت واجبة كانت أشد من حاجتهما الى بيان كذب أحدهما وايجاب التوبة لان وجوب التوبة بالذنب يعرفه كل عاقل بمجرد العقل من غير معونة السمع والكفارة المعهودة لا تعرف الا بالسمع فلما لم يبين مع أن الحال حال الحاجة الى البيان دل أنها غير واجبة وكذا الحديث الذى روى فى الخصمين أنه قضى لاحدهما وذكر فيه الوعيد الشديد ان يأخذه وهو غير الحق فى ذلك ثم أمرهما صلى الله عليه وسلم بالاستهام وان يحلل كل واحد منهما صاحبه ولم يبين الكفارة والموضع موضع الحاجة الى البيان لو كانت واجبة فعلم أنها غير واجبة ولان وجوب الكفارة المعهودة حكم شرعى فلا يعرف الا بدليل شرعى وهو النص أو الاجماع أو القياس ولم يوجد وأقوى الدلائل فى نفى الحكم نفى دليله أما الاجماع فظاهر الانتفاء وكذا النص القاطع لان أهل الديانة لا يختلفون فى موضع فيه نص قاطع والنص الظاهر وجب العمل به أيضا وان كان لا يجب الاعتقاد قطعا فلا يقع الاختلاف ظاهرا نفى الاستدلال باليمين المعقودة ومن شرطه التساوى ولم يوجد لان الذنب فى يمين الغموس أعظم وما صلح لدفع أدنى الذنبين لا يصلح لرفع أعلاهما ولهذا قال اسحق فى يمين الغموس أجمع المسلمون على أنه لا يجب الكفارة فيها فقول من يوجبها ابتداء شرع ونصب حكم على الخلق وهو لم يشرك فى حكمه أحدا ولا حجة له فى قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم لان مطلق المؤاخذة فى الجنايات يراد بها المؤاخذة فى الآخرة لانها حقيقة المؤاخذة والجزاء فأما المؤاخذة فى الدنيا فقد تكون خيرا وتكفيرا فلا تكون مؤاخذة معنى ونحن به نقول أن المؤاخذة بيمين الغموس ثابتة فى الآخرة ولان قوله تعالى يؤاخذكم اخبار أنه يؤاخذ فأما قضية المؤاخذة فليست بمذكورة فيستدعى نوع مؤاخذة والمؤاخذة بالاسم مرادة من هذه الآية فلا يكون غيره مرادا اذ أو أما قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فالمراد منه اليمين على أمر فى المستقبل لان العقد هو الشد والربط فى اللغة ومنه عقد الحبل وعقد الحمل وانعقاد الرق وهو ارتباط بعضه ببعض وقد يذكر ويراد به العهد وكل ذلك لا يتحقق الا فى المستقبل ولان الآية قرئت بقراءتين بالتشديد والتخفيف والتشديد لا يحتمل الا عقد اللسان وهو عقد القول والتخفيف يحتمل العقد باللسان والعقد بالقلب وهو العزم والقصد فكانت قراءة التشديد محكمة فى الدلالة على ارادة العقد باللسان والقراءة بالتخفيف محتملة فيرد المحتمل الى المحكم ليكون عملا بالقراءتين على الموافقة

والدليل

والدليل على أن المراد من الآية الكريمة اليمين على أمر فى المستقبل أنه علق الكفارة فيها بالحلف والحنث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه اذا حلفتم وحنثتم والحنث لا يتصور الا فى اليمين على أمر فى المستقبل وكذا قوله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين انما يتصور فى المستقبل لان ذلك تحقيق البر والوفاء بالعهد وانجاز الوعد وهذا لا يتصور فى الماضى والحال والله عز وجل الموفق (وأما) يمين اللغو فلا كفارة فيها بالتوبة ولا بالمال بلا خلاف بيننا وبين الشافعى لان قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم أدخل كلمة النفى على المؤاخذة فيدل على انتفاء المؤاخذة فيها بالاثم والكفارة جميعا وانما اختلفا فى تفسيرها واختلف قول من فسرها باليمين على المعاصى فى وجوب الكفارة على ما بينا ثم الحالف باللغو انما لا يؤاخذ فى اليمين بالله تعالى فأما اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق فانه يؤاخذ به حتى يقع الطلاق والعتاق وان كان ظاهر الآية الكريمة فى نفى المؤاخذة عاما عرفنا ذلك بالخبر والنظر أما الخبر فقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وذكر الطلاق والعتاق واللاغى لا يعدو هذين فدل ان اللغو غير داخل فى اليمين بالطلاق والعتاق وأما النظر فهو ان الطلاق والعتاق مما يقع معلقا ومنجزا ومتى علق بشرط كان يمينا فأعظم ما فى اللغو انه يمنع انعقاد اليمين وارتباط الجزاء بالشرط فيبقى مجرد ذكر صيغة الطلاق والعتاق من غير شرط فيعمل فى إفادة موجبهما بخلاف اليمين بالله تعالى فان هناك اذا الغا المحلوف عليه يبقى مجرد قوله والله فلا يجب به شئ فثبت بما ذكرنا ان المراد بالآية اللغو فى اليمين بالله تعالى لا فى اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق وسائر الاجزية (وأما) حكم اليمين المعقودة وهى اليمين على المستقبل فاليمين على المستقبل لا يخلو اما أن يكون على فعل واجب واما أن يكون على ترك المندوب واما أن يكون على ترك المباح أو فعله فان كان على فعل واجب بأن قال والله لاصلين صلاة الظهر اليوم أو لاصومن رمضان فانه يجب عليه الوفاء به ولا يجوز له الامتناع عنه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف أن يطيع الله فليطعه ولو امتنع يأثم ويحنث ويلزمه الكفارة وان كان على ترك الواجب أو على فعل معصية بأن قال والله لا أصلى صلاة الفرض أو لا أصوم رمضان أو قال والله لاشربن الخمر أو لازنين أو لاقتلن فلانا أو لا اكلم والدى ونحو ذلك فانه يجب عليه للحال الكفارة بالتوبة والاستغفار ثم يجب عليه أن يحنث نفسه ويكون بالمال لان عقد هذه اليمين معصية فيجب تكفيرها بالتوبة والاستغفار فى الحال كسائر الجنايات التى ليس فيها كفارة معهودة وعلى هذا يحمل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذى هو خير أى عليه أن يحنث نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف أن يعصى الله تعالى فلا يعصه وترك المعصية بتحنيث نفسه فيها فيحنث به ويكفر بالمال وهذا قول عامة العلماء وقال الشعبى لا تجب الكفارة المعهودة فى اليمين على المعاصى وان حنث نفسه فيها لما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلف أحدكم على يمين فرأى ما هو خير منها فليأته فانه لا كفارة بها ولان الكفارة شرعت لرفع الذنب والحنث فى هذه اليمين ليس بذنب لانه واجب فلا تجب الكفارة لرفع الذنب ولا ذنب (ولنا) قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الى قوله ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم من غير فصل بين اليمين على المعصية وغيرها والحديث المعروف وهو ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه وما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه فقد روى عنه خلافه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلف أحدكم بيمين ثم رأى خيرا مما حلف عليه فليكفر عن يمينه وليفعل الذى هو خير فوقع التعارض بين حديثيه فبقى الحديث المعروف لنا بلا تعارض ولان الامة أجمعت على ان الكفارة لا يمتنع وجوبها العذر فى الحانث بل يتعلق بمطلق الحنث سواء كان الحانث ساهيا أو خاطئا أو نائما أو مغمى عليه أو مجنونا فلا يمتنع وجوبها لاجل المعصية ولان الكفارة انما وجبت فى اليمين على المباحات اما لان الحنث فيها يقع خلفا فى الوعد ونقضا للعهد لان الحالف وعد ان يفعل وعهد الله على ذلك فاذا حنث فقد صار بالحنث مخلفا فى الوعد ناقضا للعهد

فوجبت الكفارة ليصير الحلف مستورا كانه لم يكن أولان الحنث منه يخرج مخرج الاستخفاف بالاستشهاد باسم الله تعالى من حيث الصورة متى قوبل ذلك بعقده السابق لا من حيث الحقيقة اذ المسلم لا يباشر المعصية قصد المخالفة الله تعالى وارادة الاستخفاف بأمره ونهيه فوجب عليه التكفير جبرا لما هتك من حرمة اسم الله تعالى صورة لا حقيقة وسترا وكل واحد من الوجهين موجود ههنا فيجب وأما قولهم الكفارة شرعت لرفع الذنب فنعم لكن لم قلتم انه لا ذنب وقولهم الحنث واجب قلنا بلى لكن من حيث انه ترك المعصية لا من حيث انه نقض اليمين التي هي عهد مع الله تعالى بل الحنث من هذه الجهة ذنب فيحتاج الى التكفير بالمال وان كان على ترك المندوب بأن قال والله لا أصلي نافلة ولا أصوم تطوعا ولا أعود مريضا ولا أشيع جنازة ونحو ذلك فالافضل له أن يفعل ويكفر عن يمينه بالحديث الذي رويناه وان كان على مباح تركا أو فعلا كدخول الدار ونحوه فالافضل له البر وله أن يحنث نفسه ويكفر ثم الكفارة تجب في اليمين المعقودة على المستقبل سواء قصد اليمين أو لم يقصد عندنا بان كانت على أمر في المستقبل وعند الشافعي لا بد من قصد اليمين لتجب الكفارة واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح فتخصيص هذه الاشياء بالذكر في التسوية بين الجد والهزل منها دليل على ان حكم الجد والهزل يختلف في غيرها ليكون التخصيص مفيدا ( ولنا ) قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته أثبت المؤاخذة بالكفارة المعهودة في اليمين المعقودة مطلقا عن شرط القصد اذ العقد هو الشد والربط والعهد على ما بينا وقوله عز وجل ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم أي حلفتم وحنثتم جعل أحد الاشياء المذكورة كفارة الايمان على العموم عند وجود الحلف والحنث وقد وجد ( وأما ) الحديث فقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق واليمين مع ما ان روايته الاخرى مسكوتة عن غير الاشياء المذكورة اذ لا يتعرض لغيرها بالنفي ولا بالاثبات فلا يصح الاحتجاج به والله عز وجل أعلم ثم وقت وجوب الكفارة في اليمين المعقودة على المستقبل هو وقت وجود الحنث فلا يجب الا بعد الحنث عند عامة العلماء وقال قوم وقته وقت وجود اليمين فتجب الكفارة بعقد اليمين من غير حنث واحتجوا بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقوله عز وجل ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وقوله عز وجل فكفارته أي كفارة ما عقدتم من الايمان لان الاضافة تستدعي مضافا اليه سابقا ولم يسبق غير ذلك العقد فيصرف اليه وكذا في قوله ذلك كفارة ايمانكم أضاف الكفارة الى اليمين وعلى ذلك تنسب الكفارة الى اليمين فيقال كفارة اليمين والاضافة تدل على السببية في الاصل وبما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه ثم ليأت الذي هو خير والاستدلال بالحديث من وجهين أحدهما أنه أمر بالتكفير بعد اليمين قبل الحنث ومطلق الامر يحمل على الوجوب والثاني أنه قال عليه الصلاة والسلام فليكفر عن يمينه أضاف التكفير الى اليمين فكذا في الرواية الاخرى فليأت الذي هو خير وليكفر يمينه أمر بتكفير اليمين لا بتكفير الحنث فدل أن الكفارة لليمين ولان الله تعالى نهى عن الوعد الا بالاستثناء بقوله عز وجل ولا تقولن لشئ اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله ومعلوم أن ذلك النهي في اليمين أوكد وأشد ممن حلف على شيء بلا ثنيا فقد صار عاصيا باتيان ما نهى عنه فتجب الكفارة لدفع ذلك الاثم عنه (ولنا) أن الواجب كفارة والكفارة تكون للسيئات اذ من البعيد تكفير الحسنات فالسيئات تكفر بالحسنات قال الله سبحانه وتعالى ان الحسنات يذهبن السيئات وعقد اليمين مشروع قد أقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم في غير موضع وكذا الرسل المتقدمة عليهم الصلاة والسلام قال الله تعالى خبرا عن ابراهيم عليه الصلاة والسلام أنه قال وتالله لاكيدن أصنامكم وقال خبرا عن أولاد يعقوب عليهم الصلاة والسلام أنهم قالوا تالله تفتؤ تذكر يوسف وكذا أيوب عليه الصلاة والسلام كان حلف أن يضرب امرأته فأمره الله سبحانه وتعالى بالوفاء بقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث والانبياء عليهم الصلاة والسلام معصومون عن

الكبائر والمعاصى فدل أن نفس اليمين ليست بذنب وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا حلفتم فاحلفوا بالله وقال صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليذر أمر صلى الله عليه وسلم باليمين بالله تعالى فدل أن نفس اليمين ليس بذنب فلا يجب التكفير لها وانما يجب للحنث لانه هو المأثم فى الحقيقة ومعنى الذنب فيه أنه كان عاهد الله تعالى أن يفعل كذا فالحنث يخرج مخرج نقض العهد منه فيأثم بالنقض لا بالعهد ولذلك قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الآية ولان عقد اليمين يخرج مخرج التعظيم والتبجيل لله تعالى وجعله مفزعا اليه وما منا عنه فيمتنع ان تجب بالكفارة محو اله وستراو تبين بطلان قولهم ان الحالف يصير عاصيا بترك الاستثناء فى اليمين لان الانبياء صلوات الله عليهم تركوا الاستثناء فى اليمين ولم يجز وصفهم بالمعصية فدل ان ترك الاستثناء فى اليمين ليس بحرام وان كان تركه فى مطلق الوعد منهيا عنه كراهة وذلك والله عز وجل اعلم لوجهين أحدهما أن الوعد اضافة الفعل الى نفسه بان يقول افعل غدا كذا وكل فعل يفعله تحت مشيئة الله تعالى فان فعله لا يتحقق لاحد الا بعد تحقيق الله تعالى منه ولا يتحقق منه الاكتساب لذلك الا باقداره فيندب الى قران الاستثناء بالوعد ليوفق على ذلك ويعصم عن الترك وفى اليمين ذكر الاستشهاد باسم الله تعالى على طريق التعظيم قد استغاث بالله تعالى واليه فزع فيتحقق التعظيم الذى يحصل به الاستثناء وزيادة فلا معنى للاستثناء الثانى أن اليمين شرعت لتأكيد المحلوف عليه خصوصا فى البيعة وقران الاستثناء فى مثل ذلك يبطل المعنى الذى وضع له العقد بخلاف الوعد المطلق وأما الآية الكريمة فتأويلها من وجهين أحدهما أى يؤاخذكم الله بمحافظة ما عقدتم من الايمان والوفاء بها كقوله عز وجل ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فان تركتم ذلك فكفارته كذا وكذلك قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم فتركتم المحافظة ألا ترى أنه قال عز وجل واحفظوا ايمانكم والمحافظة تكون بالبر والثانى أن يكون على اضمار الحنث أى ولكن يؤاخذكم بحنثكم فيما عقدتم وكذا فى قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم أى اذا حلفتم وحنثتم كما فى قوله فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك معناه فحلق ففدية من صيام وقوله عز وجل فان أحصرتم فما استيسر من الهدى معناه فتحلل وقوله عز وجل فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فأفطر فعدة من أيام أخر لان ظاهر الملفوظ وهو القدر الذى هو سبب التخفيف لا يصلح سببا للوجوب فصار استعمال الرخصة مضمرا فيه كذلك ههنا لا تصلح اليمين التى هى تعظيم الرب جل جلاله سببا لوجوب التكفير فيجب اضمار ما هو صالح وهو الحنث وأما اضافة الكفارة الى اليمين فليست للوجوب بها بل على ارادة الحنث كاضافة كفارة الفطر الى الصيام واضافة الدم الى الحج والسجود الى السهو وان لم يكن ما أضيف اليه سببا كذا هذا وأما الحديث فقد روى بروايات روى فليأت الذى هو خير وليكفر يمينه وروى فليكفر يمينه وليأت الذى هو خير وروى فليأت الذى هو خير ثم ليكفر يمينه وهو على الروايات كلها حجة عليهم لا لهم لان الكفارة لو كانت واجبة بنفس اليمين لقال عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فليكفر من غير التعرض لما وقع عليه اليمين أنه ماذا ولما لزم الحنث اذا كان خيرا ثم بالتكفير فلما خص اليمين على ما كان الحنث خيرا من البر بالنقض والكفارة علم انها تختص بالحنث دون اليمين نفسها وانها لا تجب بعقد اليمين دون الحنث واختلف فى جوازها قبل الحنث قال أصحابنا لا يجوز وقال الشافعى يجوز التكفير بالمال قبل الحنث فأما التكفير بالصوم فلا يجوز قبل الحنث بالاجماع وجه قوله انه كفر بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كما لو كفر بالمال بعد الجرح قبل الموت والدليل على أنه كفر بعد وجود سبب الوجوب أن اليمين سبب وجوب الكفارة بدليل أن الكفارة تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين وقال الله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والحكم انما يضاف الى سببه هو الاصل فدل أن اليمين سبب لوجوب الكفارة فكان هذا تكفيرا بعد وجود سبب الوجوب فيجوز كما فى موضع الاجماع والدليل على جواز التكفير بالمال قبل الحنث ما روى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم كفر قبل الحنث وذلك أنه لما رأى حمزة رضى الله عنه سيد الشهداء قد مثل وجرح جراحات عظيمة اشتد ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم فأقسم أن يفعل كذلك بكذا كذا من قريش فنزل النهى عن الوفاء بذلك وكفر عن يمينه وذلك تكفير قبل الحنث لان الحنث فى مثل هذه اليمين لا يتحقق الا فى الوقت الذى لا يحتمل البر فيه حقيقة وذلك عند موته فدل على جواز التكفير للامة قبل الحنث اذ هو صلى الله عليه وسلم قدوة ولنا ان السبب ما يكون مفضيا الى المسبب اذ هو فى اللغة اسم لما يتوصل به الى الشىء واليمين مانعة من الحنث لكون الحنث خلفا فى الوعد ونقضا للعهد وقد قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ان الله يعلم ما تفعلون ولا تكونوا كالتى نقضت غزلها من بعد قوة أنكاثا ولكونه استخفافا باسم الله تعالى من حيث الصورة وكل ذلك مانع من الحنث فكانت اليمين مانعة من الحنث فكانت مانعة من الوجوب اذ الوجوب شرط الحنث بلا خلاف بيننا فكيف يكون سببا للوجوب ولهذا لم يجز تعجيل التكفير بالصوم كذا بالمال بخلاف التكفير بعد الجرح قبل الموت لان الجرح سبب للموت لكونه مفضيا الى فوات الحياة عادة فكان تكفيرا بعد وجود السبب فجاز وأما اضافة الكفارة الى اليمين فعلى اضمار الحنث فيكون الحنث بعد اليمين سببا لا قبله والحنث يكون سببا والدليل عليه انه سماه كفارة لقوله عز وجل ذلك كفارة أيمانكم وهى اسم لما يكفر بالذنب ولا ذنب الا ذنب الحنث فكان المراد منه اذا حلفتم وحنثتم كما يقرأ ابن مسعود رضى الله عنه فان قيل الكفارة تجب بنفس اليمين أصل الوجوب لكن يجب أداؤها عند الحنث كالزكاة تجب عند وجود النصاب لكن يجب الاداء عند الحول وقوله صلى الله عليه وسلم لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول لنفى وجوب الاداء لا لنفى أصل الوجوب فالجواب انه لا وجوب الا وجوب الفعل فاما وجوب غير الفعل فامر لا يعقل على ما عرف فى موضعه على انه لو كان كذلك لجاز التكفير بالصوم لانه صام بعد الوجوب فعلم ان الوجوب غير ثابت أصلا ورأسا فان قيل يجوز ان يسمى كفارة قبل وجوبها كما يسمى ما يعجل من المال زكاة قبل الحول وكما يسمى المعجل كفارة بعد الجراحة قبل الموت فلا حاجة الى الحنث فى جوازها فالجواب انه لا خلاف فى ان الكفارة الحقيقية وهى الكفارة الواجبة بعد الحنث مرادة بالآية فامتنع ان يراد بها ما يسمى كفارة مجازا لعرضية الوجوب لاستحالة كون اللفظ الواحد منتظما الحقيقة والمجاز وأما تكفير النبى صلى الله عليه وسلم فنقول ذلك فى المعنى كان تكفيرا بعد الحنث لانه تكفير بعد العجز عن تحصيل البر فيكون تكفيرا بعد الحنث من حيث المعنى كمن حلف لآتين البصرة فمات يلزمه الكفارة لتحقق العجز بالموت وبيان ذلك ان النبى صلى الله عليه وسلم معصوم عن المعصية والوفاء بتلك اليمين معصية اذ هو نهى عن ذلك فكانت يمينه قبل النهى عن الذى حلف عليه فكانت منعقدة على فعل مباح ولما نهى صلى الله عليه وسلم عن تحصيل ذلك الفعل وصار ذلك معصية صار انشاء وعاجزا عن البر فصار حانثا وان كان ذلك الفعل ممكن الوجود فى نفسه فكان وقت يأسه وقت النهى لا وقت الموت أما فى حق غير النبى صلى الله عليه وسلم وقت اليأس والعجز حقيقة هو وقت الموت اذ غير النبى صلى الله عليه وسلم غير معصوم عن المعاصى فلا يتحقق العجز لتصور وجود البر مع وصف العصيان فهو الفرق والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ان اليمين بالله عز وجل على نية الحالف أو المستحلف فقد روى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال اليمين على نية الحالف اذا كان مظلوما وان كان ظالما فعلى نية المستحلف وذكر الكرخى ان هذا قول أصحابنا جميعا وذكر القدورى انه ان أراد به اليمين على الماضى فهو صحيح لان المؤاخذة فى اليمين على الماضى بالاثم فمتى كان الحالف ظالما كان آثما فى يمينه وان نوى به غير ما حلف عليه لانه يتوصل باليمين الى ظلم غيره وقد روى أبو امامة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب عليه النار قالوا وان كان شيأ يسيرا قال صلى الله عليه وسلم وان كان قضيبا من أراك قالها

ثلاثا وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم لقى الله تعالى وهو عليه غضبان وأما اذا كان مظلوما فهو لا يقتطع بيمينه حقا فلا يأثم وان نوى غير الظاهر وقال وأما اليمين على المستقبل اذا قصد بها الحالف معنى دون معنى فهو على نيته دون نية المستحلف لانه عقد وهو العاقد فينعقد على ما عقده

﴿ فصل ﴾ وأما اليمين بغير الله عز وجل فهى فى الاصل نوعان أحدهما ما ذكرنا وهو اليمين بالآباء والابناء والانبياء والملائكة صلوات الله عليهم والصوم والصلاة وسائر الشرائع والكعبة والحرم وزمزم والقبر والمنبر ونحو ذلك ولا يجوز الحلف بشيء من ذلك لما ذكرنا وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلفتم فاحلفوا بالله ولو حلف بذلك لا يعتد به ولا حكم له أصلا والثانى بالشرط والجزاء وهذا النوع ينقسم الى قسمين يمين بالقرب ويمين بغير القرب أما اليمين بالقرب فهى أن يقول ان فعلت كذا فعلى صلاة أو صوم أو حجة أو عمرة أو بدنة أو هدى أو عتق رقبة أو صدقة ونحو ذلك وقد اختلف فى حكم هذه اليمين انه هل يجب الوفاء بالمسمى بحيث لا يخرج عن عهدته الا به أو يخرج عنها بالكفارة مع الاتفاق على انها يمين حقيقة حتى انه لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث بلا خلاف لوجود ركن اليمين وهو ما ذكرنا ووجود معنى اليمين أيضا وهو القوة على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من لزوم المذكور ونذكر حكم هذا النوع ان شاء الله فى كتاب النذر لان هذا التصرف يسمى أيضا نذرا معلقا بالشرط لوجود معنى النذر وهو التزامه القربة عند وجود الشرط (وأما) اليمين بغير القرب فهى الحلف بالطلاق والعتاق فلا بد من بيان ركنه وبيان شرائط الركن وبيان حكمه وبيان ما يبطل به الركن أما الركن فهو ذكر شرط وجزاء مربوط بالشرط معلق به فى قدر الحاجة الى معرفة المسمى بالشرط والجزاء ومعرفة معناهما أما المسمى بالشرط فما دخل فيه حرف من حروف الشرط وهى ان واذا واذا ما ومتى ومتى ما ومهما وأشياء أخر ذكرها أهل النحو واللغة وأصل حروفه ان الخفيفة وغيرها داخل عليها لانها لا تستعمل الا فى الشرط وما سواها من الحروف يستعمل فيه وفى غيره وهو الوقت وهذا أمارة الاصالة والتبعية وذكر الكرخى مع هذه الحروف كلما وعدها من حروف الشرط وانها ليست بشرط فى الحقيقة فان أهل اللغة لم يعدوها من حروف الشرط لكن فيها معنى الشرط وهو توقف الحكم على وجود ما دخلت عليه لذلك سماه شرطا وفى قوله كل امرأة أتزوجها فهى طالق وقوله كل عبد اشتريته فهو حر انما توقف الطلاق والعتاق على التزوج والشراء لا على طريق التعليق بالشرط بل لانه أوقع الطلاق والعتاق على امرأة متصفة بانه تزوجها وعلى عبد متصف بانه اشتراه ويحصل الاتصاف بذلك عند التزوج والشراء وأما معنى الشرط فهو العلامة ومنه اشراط الساعة أى علاماتها ومنه الشرطى والشراط والمشرط فسمى ما جعله الحالف علما لنزول الجزاء شرطا حتى لو ذكره لمقصود آخر لا يكون شرطا على ما نذكر ان شاء الله تعالى وأما المسمى بالجزاء فما دخل فيه حرف التعليق وهى حرف الفاء اذا كان متأخرا فى الذكر عن الشرط كقوله ان دخلت الدار فأنت طالق فاما اذا كان الجزاء متقدما فلا حاجة الى حرف الفاء بل يتعلق بالشرط بدون حرف التعليق لانه قد يعقب قوله أنت طالق ما يبين انه يمين فيخرج به من ان يكون تطليقا الى كونه يمينا وتعليقا فلا حاجة فى مثل هذا الى حرف التعليق بخلاف حروف الشرط فانها لازمة للشرط سواء تقدم ذكرها على الجزاء أو تأخر وانما اختصت الفاء بالجزاء لانها حرف يقتضى التعقيب من غير تراخى كقول القائل جاءنى زيد فعمرو والجزاء يتعقب الشرط بلا تراخى وأما معنى الجزاء فجزاء الشرط ما علق بالشرط ثم قد يكون مانعا من تحصيل الشرط اذا كان الشرط مرغوبا عنه لوقاحة عاقبته وقد يكون حاملا على تحصيله لحسن عاقبته لكن الحمل والمنع من الاغراض المطلوبة من اليمين ومن ثمراتها بمنزلة الربح بالبيع والولد بالنكاح فانعدامهما لا يخرج التصرف عن كونه يمينا كانعدام الربح فى البيع والولد فى النكاح لان وجود التصرف بوجود ركنه لا لحصول المقصود منه كوجود البيع والنكاح وغيرهما

وركن اليمين هما الشرط والجزاء فاذا وجد كان التصرف يمينا ولان المرجع فى معرفة الاسامى الى أهل اللغة وانهم
يسمون الشرط والجزاء يمينا من غير مراعاة معنى الحمل والمنع دل ان ذلك ليس بشرط لوقوع التصرف يمينا وبيان هذه
الجملة فى مسائل اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق أو قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر او قال اذا أو اذا ما
أو متى أو متى ما أو حيثما أو مهما كان يمينا لوجود الشرط والجزاء حتى لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث ولو قال أنت
طالق غدا أو رأس شهر كذا لا يكون يمينا لانعدام حروف الشرط بل هو اضافة الطلاق الى الغد والشهر لانه جعل
الغد والشهر ظرفا لوقوع الطلاق لان معناه فى غد وفى شهر ولا يكون ذلك ظرفا لوقوع الطلاق الا بوقوع الطلاق ولو
قال اذا جاء غد فانت طالق أو قال اذا مضى غد أو اذا جاء رمضان أو اذا ذهب رمضان أو اذا طلعت الشمس أو غربت
كان يمينا عند أصحابنا وعند الشافعى لا يكون يمينا لانعدام معنى اليمين وهو المنع أو الحمل اذ لا يقدر الحالف على
لامتناع من مجىء الغد ولا على الاتيان به فلم يكن يمينا بخلاف دخول الدار وكلام زيد ولان الشرط ما فى وجوده فى
المستقبل خطر وهو ان يكون فيما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد والغد يأتى لا محالة فلا يصلح شرطا فلم يكن يمينا
(ولنا) انه وجد ذكر شرط وجزاء معلق بالشرط فكان يمينا ومعنى المنع أو الحمل من اعراض اليمين وثمراتها وحقائق
الاسامى تتبع حصول المسميات بذواتها وذلك باركانها لا بمقاصدها المطلوبة منها على ما بينا والله عز وجل الموفق وأما
قوله ان الشرط ما فى وجوده فى المستقبل خطر وهو ان يكون مما يجوز ان يوجد ويجوز ان لا يوجد والغد يأتى لا محالة
فالجواب عنه من وجهين أحدهما ممنوع ان هذا من شرط كونه شرطا بل من شرط أن يكون جائز الوجود فى المستقبل
ونعنى به ان لا يكون مستحيل الوجود وقد وجد ههنا فكان التصرف يمينا على ان جواز العدم ان كان شرطا فهو
موجود ههنا لان مجىء الغد ونحوه ليس مستحيل العدم حقيقة لجواز قيام الساعة فى كل لحظة كما قال تعالى وما أمر
الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب وهذا لان الساعة وان كان لها شرائط لا تقوم الا بعد وجودها ولم يوجد شىء من
ذلك فى يومنا هذا فيقع الامن عن قيام الساعة قبل مجىء الغد ونحو ذلك لكن هذا يوجب الامن عن القيام اما لا يمنع
تصور القيام فى نفسه لان خبر الصادق عن امر انه لا يوجد يقتضى انه لا يوجد أما لا يقتضى ان لا يتصور وجوده فى
نفسه حقيقة ولهذا قلنا ان خلاف المعلوم مقدور العبد حتى يتعلق به التكليف وان كان لا يوجد فكان مجىء الغد
جائز العدم فى نفسه لا مستحيل العدم فكان شرط كونه شرطا وهو جواز العدم حقيقة موجودا فكان يمينا ولو قال
لامرأته أنت طالق ان شئت أو أردت أو أحببت أو رضيت أو هويت لم يكن يمينا حتى لو كان حلف لا يحلف لا
يحنث بهذه المقالة لما ذكرنا ان الشرط معناه العلامة وهو ما جعله الحالف علما لنزول الجزاء والحالف ههنا ما جعل قوله
ان شئت علما لوقوع الطلاق بل جعله لتمليك الطلاق منها كانه قال ملكتك طلاقك أو قال لها اختارى أو امرك
بيدك ألا ترى انه اقتصر على المجلس وما جعل علما لوقوع الطلاق لا يقتصر على المجلس كقوله أنت طالق ان
دخلت الدار أو ان كلمت فلانا وهذا لان العلم المحض ما يدل على حصول الطلاق فحسب فاما ما يتعلق وجوده به فانه
لا يكون علما بل يكون علة لحصوله والمشيئة مما يحصل به الطلاق بدليل ان الزوج لو قال لزوجته ان شئت طلاقك
فطلقى واذا لم يوجد معنى الشرط لم تكن المشيئة المذكورة شرطا فلم يوجد أحد ركنى اليمين وهو الشرط فلم توجد
اليمين فلا يحنث وكذلك لو قال لها أنت طالق ان شئت أنا لم يكن يمينا حتى لا يحنث فى يمينه اذا حلف لا يحلف ولو
قال لها اذا حضت وطهرت فأنت طالق لم يكن يمينا لان الحالف ما جعل هذا الشرط علما لنزول الجزاء بل جعله
ايقاع الطلاق على وجه السنة لان مثل هذا الكلام يذكر عادة كانه قال أنت طالق للسنة وكذا اذا قال اذا حضت
حيضة فأنت طالق لان الحيضة اسم للكامل فصار بمنزلة قوله اذا حضت وطهرت فأنت طالق وما زاد على
هذا يعرف فى الجامع ولو حلف لا يحلف فقال كل امرأة لى تدخل هذه الدار فهى طالق أو قال لامرأته كلما
دخلت هذه الدار فانت طالق يحنث لا لوجود تعليق الطلاق بالدخول لتعذر التعليق لانعدام حرفه بل لضرورة

وجود الاتصاف على ما بينا والتعليق بالدخول ظرف فى وجود الاتصاف فصار من حيث انه تعلق به بواسطة الاتصاف شبيه الشرط لا ان يكون شرطا ثم فى كلمة كل اذا دخلت مرة فطلقت ثم دخلت ثانيا لم تطلق وفى كلمة كلما تطلق فى كل مرة تدخل وانما كان كذلك لان كلمة كل كلمة عموم واحاطة لما دخلت عليه وفى المسئلة الاولى دخلت فى العين وهى المرأة لا فى الفعل وهو الدخول فاذا دخلت مرة فقد انحلت اليمين فلا يحنث بدخولها ثانيا وأما فى المسئلة الثانية فانما دخلت الكلمة على فعل الدخول لان كلمة ما ترجع مع ما بعدها من الفعل مصدر الغة يقال بلغنى ما قلت وأعجبنى ما صنعت أى قولك وصنعك فصارت الكلمة داخلة على المصدر لا على من وقع عليه المصدر فيقتضى تعميم المصدر قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها يتجدد التبدل عند تجدد النضج وان كان المحل متحدا فصار الطلاق متعلقا بكل دخول وقد وجد الدخول فى المرة الثانية والثالثة فطلقت ثلاثا فلو انها تزوجت بزوج آخر بعد ذلك ثم تزوجها الاول فدخلت الدار لا يقع الطلاق عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وسنذكر المسئلة فى كتاب الطلاق ولو عقد اليمين على التزوج بكلمة كلما فطلقت ثلاثا بكل تزوج ثم تزوجها بعد زوج آخر طلقت لانه أضاف الطلاق الى الملك والطلاق المضاف الى الملك يتعلق بوجود الملك بخلاف الدخول ولو قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار كان يمينا كما لو قال ان دخلت الدار واذا دخلت لان كلمة لو تذكر لتوقف المذكور على وجود ما دخلت عليه قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك وقال عز وجل ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه فكانت فى معنى الشرط لتوقف الجزاء على وجود الشرط وان لم يكن شرطا حقيقة ولو قال أنت طالق لو حسن خلقك سوف أراجعك لم يكن يمينا ويقع الطلاق الساعة لان لو ما دخلت على الطلاق وانما دخلت على ترقب الرجعة فيقع الطلاق فى الحال كما لو قال أنت طالق ان حسن خلقك راجعتك وكذلك لو قال أنت طالق لو قدم أبوك راجعتك كما لو قال أنت طالق ان دخلت الدار راجعتك وهذا كله ليس بيمين بل هو عدة وروى ابن سماعة عن أبى يوسف اذا قال لامرأته أنت طالق لو دخلت الدار لطلقتك لم تطلق الساعة وان دخلت الدار لم تطلق حتى يطلقها فان لم يطلقها طلقت قبل موته أو موتها بلا فصل لان هذا رجل حلف بطلاق امرأته لطلقها اذا دخلت الدار فان لم يطلقها فهى طالق كانه قال لاطلقنك اذا دخلت الدار فان دخلت الدار فلم أطلقك فأنت طالق ولو قال ذلك لا تطلق للحال واذا دخلت الدار ولم يطلقها حتى مات أو ماتت طلقت فى آخر جزء من أجزاء حياته لفوات شرط البر فى ذلك الوقت فيقع الطلاق ذلك الوقت كما لو قال لها أنت طالق ان لم آت البصرة فمات قبل أن يأتيها كذا هذا ونظيره اذا قال لامرأته عبدى حر لو دخلت الدار لاضربنك اذ معناه لاضربنك اذا دخلت الدار فان دخلت ولم أضربك فعبدى حر والله عز وجل الموفق وروى المعلى عن محمد اذا قال لامرأته أنت طالق لولا دخولك الدار أو أنت طالق لولا مهرك على أو أنت طالق لولا شرفك فهذا كله استثناء ولا يقع عليها الطلاق ومعناه انه فى معنى الاستثناء من حيث انه يمنع وقوع الطلاق كالاستثناء يمنع ثبوت الحكم فى المستثنى والاصل ان هذه الكلمة تستعمل فى امتناع الشىء لوجود غيره قال الله عز وجل ولولا ان يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون الآية وقال سبحانه وتعالى ولولا رهطك لرجمناك ويقال فى العرف لولا المطر لجئتك فصار معنى هذا الكلام لولا دخولك الدار لطلقتك فلا يقع عليها الطلاق وكذلك لو قال طلقتك لولا دخولك الدار وكذلك لو قال لولا دخولك الدار قد طلقتك أمس وكذلك لو كان مكان قد لقد فى هذه الوجوه كلها وكذلك لو قال أنت طالق أمس لولا دخولك الدار أى لولا دخولك الدار أمس لطلقتك وقال ابن سماعة سمعت أبا يوسف يقول فى رجل قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار فهذا يخبر انه دخل الدار وأكد ذلك باليمين كانه قال أنت طالق ان لم أكن دخلت الدار فان كان لم يدخل طلقت وان كان دخل لم تطلق لان هذا ليس بشرط بل هو خبر عن الماضى أكده باليمين فان كان كاذبا طلقت وان كان صادقا لم تطلق ولو قال أنت طالق لا دخلت الدار فهذا مثل قوله أنت طالق ان

دخلت الدار فلا تطلق حتى تدخل لان لا حرف نفى أكده بالحلف فكانه نفى دخولها وأكد ذلك بتعليق الطلاق بدخولها ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار فانها تطلق الساعة لان قوله دخلت ليس بتعليق بل هو اخبار عن دخولها الدار كانه جعل الدخول علة لكنه حذف حرف العلة وسواء كانت دخلت الدار أو لم تدخل يقع الطلاق لان التعليل بعلة لم توجد لا يمنع وقوع الطلاق لان العلة لم تصح وبقى الايقاع صحيحا وروى ابن سماعة عن محمد فى رجل قال لامرأته أنت طالق وان دخلت الدار فهى طالق الساعة لما ذكر ولو قال أنت طالق الساعة وان دخلت الدار كانت طالقا الساعة واحدة وان دخلت الدار أخرى لانه طلقها تطليقة الساعة وعطف الشرط عليها بلا جزاء فيضمن فيه الجزاء فيصير كانه قال أنت طالق الساعة وطالق ان دخلت الدار فيقع فى الحال واحدة وبعد الدخول أخرى ولو قال أنت طالق لدخولك الدار فهى طالق الساعة واحدة لانه أوقع الطلاق ثم جعل الدخول المتقدم عليه علة لايقاع الطلاق ومن أوقع الطلاق لعلة وقع وجدت العلة أو لم توجد لما بينا وكذلك لو قال أنت طالق لحيضتك لما قلنا ولو قال بحيضتك أو فى حيضتك أو بدخولك الدار أو لدخولك الدار لم تطلق حتى تحيض أو تدخل لان الباء حرف الصاق فيقتضى الصاق الطلاق بالحيضة والدخول فيتعلق بهما وفى كلمة ظرف دخلت على ما لا يصلح ظرفا فتجعل شرطا لمناسبة بينهما ما ذكرها فى كتاب الطلاق وذكر محمد فى الجامع اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق تطلق فى القضاء حين تكلمه به وجملة الكلام فى هذا ان الامر لا يخلو اما ان قدم الشرط أو إما ان أخر فان قدم فهو على أربعة أوجه اما ان قال ان دخلت الدار فانت طالق أو قال ان دخلت الدار أنت طالق أو قال ان دخلت الدار وأنت طالق أو قال وان دخلت الدار أنت طالق وان أخر الشرط فهو على ثلاثة أوجه اما ان قال أنت طالق ان دخلت الدار أو قال أنت طالق وان دخلت الدار أو قال أنت طالق فان دخلت الدار فان قال ان دخلت الدار أنت طالق فالجواب ما ذكره محمد انها تطلق فى القضاء حين تكلم به لانه ما علق الطلاق لانعدام حرف التعليق وهو حرف الفاء وكان تنجيزا لا تعليقا وان عنى به التعليق دين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه عنى ما يحتمله كلامه نحو اضمار حرف الفاء فى الجزاء قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها * والشر بالشر عند الله مثلان

أى فالله يشكرها ولا يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر وهذا جواب ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن أبى يوسف انها لا تطلق حتى تدخل الدار ووجهه ان يحذف حرف الجزاء تصحيحا للشرط اذ لو لم يحذف للغا ولو قال ان دخلت الدار وأنت طالق تطلق للحال لانعدام حرف التعليق والواو غير موضوعة للتعليق ولو عنى به التعليق لا يصدق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما لا يحتمله كلامه لان الواو لا تحتمل التعليق ولو أدرج فيه الفاء يصير تقدير كلامه أنت دخلت الدار فوأنت طالق وهذا لغو ولو قدم وأخر لا يستقيم أيضا لانه يصير كانه قال وأنت طالق ان دخلت الدار والواو لا يبتدأ بها وما يذكره أهل اللغة ان الواو قد تكون للاستئناف فمرادهم ان يبتدأ كلام بعد تقدم جملة مفيدة من غير ان تكون الجملة الثانية تشارك الاولى فاما ابتداء الكلام من غير ان يتقدمه شىء بالواو فغير موجود ولا جائز وان قال وان دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لانعدام دلالة التعليق وحرفه على أن الواو فى مثل هذا تذكر للتحقيق كما يقال لا تسافرن وان كان الطريق مخوفا ولو نوى التعليق لا يصدقه القاضى لانه عدول عن الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه لانه نوى اضمار حرف الفاء فصار كأنه قال وان دخلت الدار فانت طالق وتلغو الواو وهذا اذا قدم الشرط فاما اذا أخر فقال أنت طالق ان دخلت الدار لا تطلق ما لم تدخل الدار لانه عقب الايجاب بما أخرجه عن كونه ايجابا الى كونه يمينا فلا حاجة فى مثل هذا الى حرف التعليق ولو قال أنت طالق وان دخلت الدار فهى طالق حين تكلم به لان هذا يوجب التأكيد على ما بينا يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم من قال لا اله الا الله دخل الجنة وان زنا وان سرق ولو قال عنيت به

التعليق

التعليق لا يصدق فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله تعالى لما ذكرنا أن الواو لا تحتمل التعليق وذكر الكرخى انه يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لان الواو تجعل زائدة كما فى قوله تعالى حتى اذا فتحت يأجوج الى قوله واقترب الوعد قيل معناه اقترب الوعد والواو زيادة لان قوله اقترب جواب حتى اذا والجواب عن هذا أن الواو فى كلام العرب لم تجئ زائدة فى موضع تصلح للعطف أو للتحقيق فلا يمكن ان تجعل ههنا زائدة على أنا نقول ان كثيرا من محققى أهل اللغة جعل الواو زائدة فى موضع ما وكانوا يقولون تقدير الآية عندهم حتى اذا فتحت يأجوج ومأجوج وهم من كل حدب ينسلون فتحت واقترب الوعد فكانت الواو للعطف على الجواب المضمر ولو قال أنت طالق فان دخلت الدار لا رواية لهذا قالوا ولقائل أن يقول تطلق للحال لان الفاء صارت فاصلة لانها كانت لغوا واللغو من الكلام يجعل بمنزلة السكوت ولقائل ان يقول يتعلق الطلاق بالدخول لان الفاء وان كان مستغنى عنها فى الحال الا انها فى الجملة حرف تعليق فلا يجوز ان تجعل مانعة من التعليق موجبة للانفصال ولو قال أنت طالق ان ولم يذكر فعلا هل يتعلق أم لا ذكر هذه المسألة فى ظاهر الرواية وذكر فى النوادر على قول محمد يقع الطلاق للحال لانه لم يذكر ما يتعلق به وعلى قول أبى يوسف لا يقع الطلاق للحال لانه لما ذكر حرف الشرط علم انه لم يرد به التطليق وانما أراد به اليمين والتعليق والله عز وجل أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق فى الدار أو فى مكة فالاصل فيه ان كلمة فى كلمة ظرف فان دخلت على ما يصلح ظرفا تجرى على حقيقتها وان دخلت على ما لا يصلح ظرفا تجعل مجازا عن الشرط لمناسبة بين الظرف و بين الشرط ثم الظرف نوعان ظرف زمان وظرف مكان فان دخلت على المكان وقع الطلاق فى ذلك المكان وفى غيره بان قال لامرأته أنت طالق فى الدار أو فى مكة وقع الطلاق وان لم تكن المرأة فى الدار ولا فى مكة لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان فاذا وقع فى مكان وقع فى الاماكن كلها وان دخلت على الزمان فان كان ماضيا يقع الطلاق فى الحال نحو ان يقول أنت طالق فى الامس أو فى العام الماضى لان انشاء الطلاق فى الزمان الماضى لا يتصور فيجعل اخبارا أو تلغو الاضافة الى الماضى و يبقى قوله أنت طالق فيقع فى الحال وكذلك اذا كان حاضرا بان قال أنت طالق فى هذا الوقت أو فى هذه الساعة يقع فى الحال وان كان مستقبلا لا يقع حتى يأتى بان قال أنت طالق فى غد أو فى الشهر الآتى لان الطلاق يحتمل الاختصاص بوقت دون وقت فاذا جعل الغد ظرفا له لا يقع قبله ولو قال أنت طالق فى دخولك الدار أو فى قيامك أو فى قعودك يتعلق بهذه الافعال لان الفعل لا يصلح ظرفا و يصلح شرطا فتحمل الكلمة على الشرط مجازا وكذا لو قال أنت طالق فى ذهابك الى مكة لان الذهاب فعل وكذا اذا قال بذهابك لان الباء حرف الصاق فيقتضى الصاق الطلاق بالذهاب وذلك بتعليقه به فيتعلق به ولو قال أنت طالق فى الشمس وهى فى الظل كانت طالقا لان الشمس لا تصلح ظرفا للطلاق ولا شرطا له فاما أن تلغو و يراد بها مكان الشمس والطلاق لا يحتمل التخصيص بمكان دون مكان ولو قال أنت طالق فى صومك كانت طالقا حين يطلع الفجر اذا نوت الصوم لان الصوم فعل وهو الامساك وانه لا يصلح ظرفا فتجعل الكلمة مجازا عن الشرط والفعل يصلح شرطا فاذا وجد فى أول الجزء مع النية فى وقته من أهله فقد وجد الصوم الشرعى فوجد الشرط فيقع الطلاق ولو قال أنت طالق فى صلاتك لم تطلق حتى تركع و تسجد سجدة لان الصلاة فعل أيضا فلا تصلح ظرفا كالصوم الا انها اسم لافعال مختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود والمتركب من أشياء مختلفة لا ينطلق عليه الاسم بوجود بعضها كالابلق المتركب من السواد والبياض والسكنجبين المتركب عن السكر والخل ونحو ذلك فما لم توجد الافعال التى وصفنا لا ينطلق عليها اسم فعل الصلاة فلا يحنث بنفس الشروع بخلاف الصوم فانه اسم لافعال متفقة الاجزاء وهى الامساكات وما تركب من أجزاء متفقة متجانسة ينطلق اسم كله على بعضه لغة كاسم الماء أنه كما ينطلق على ماء البحر ينطلق على قطرة منه فكان الامساك فى أول النهار امساكا حقيقة فيقع الطلاق بمجرد الشروع فهو الفرق بينهما ولو قال أنت طالق فى حيضك أو فى طهرك فان كان موجودا وقع والا فلا يقع و يتوقف على وجوده لان المراد منه وقت الحيض والطهر أى فى الوقت الذى تكونين حائضا أو طاهرة فيه

ونظير هذه المسائل ماذكره محمد فى الجامع اذاقال أنت طالق فى ثلاثة أيام طلقت حين تكلم به ولوقال أنت طالق فى أكلك هذا الرغيف لا يقع الطلاق مالم تفرغ من أكل جميع الرغيف والفرق أن فى المسألة الاولى دخلت كلمة الظرف على الزمان وهو يصلح ظرفا فجعل جميع الوقت ظرفا لكونها طالقا ولا يكون كذلك الا اذا كان وقع الطلاق فى أوله وفى الثانيــة علق الطلاق بفعل الاكل لان الفعل لا يصلح ظرفا ويصلح شرطا فصار معلقاً الطلاق بفعل الاكل والمعلق بالشرط لا ينزل مالم ينزل كمال شرطه وما يقوله مشايخنا ان الطلاق متى أضيف الى وقت ممتد يقع عند أوله ومتى علق بفعل ممتد يقع عند آخره هذا صورته وعلته ولوقال لها أنت طالق فى مجىء ثلاثة ايام فان قال ذلك ليلا فكما طلع الفجر من اليوم الثالث يقع الطلاق لانه علق الطلاق بمجىء ثلاثة ايام ولا يوجد ذلك الا بمجىء كل واحد منها ومجىء اليوم يكون بطلوع الفجر ولوقال ذلك فى ضحوة من يوم حلف فانما يقع الطلاق عند وجود طلوع الفجر من اليوم الرابع لان اليوم الذى حلف فيه لم يكن معتبرا لتقدم مجيئه على الشرط والشىء يتعلق بما يجىء لا بما مضى ولوقال أنت طالق فى مضى ثلاثة أيام ان قال ذلك ليلا لا يقع الطلاق مالم تغرب الشمس من اليوم الثالث لان مضى الشىء يكون بانقضاء جزئه الاخير فمضى الايام يكون بانقضاء الجزء الاخير منها وذلك يوجد فى هذه الساعة وان قال ذلك فى وقت ضحوة من النهار لا تطلق حتى يجىء تلك الساعة من اليوم الرابع لانه به يتم مضى ثلاثة أيام بالساعات فالعبرة فى المضى به لا للايام الكاملة وفى المجىء لاوائلها هذا هو المتعارف ولوقال ان شتمتك فى المسجد فعبدى حر فانه يعتبر فى هذا كون الشاتم فى المسجد حتى يحنث سواء كان المشتوم فى المسجد أو غيره ولوقال ان ضربتك أو قتلتك فى المسجد يعتبر فيه مكان المضروب والمقتول ان كان فى المسجد حنث والا فلا والاصل فيه أن كل فعل له أثر فى المفعول يعتبر فيــه مكان المفعول وما لا أثر له يظهر فى المفعول لا يعتبر فيه مكانه بل مكان الفاعل وعلة هذا الاصل تذكر فى الجــامع ان شاء الله تعالى

﴿فصــل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى الحالف وبعضها يرجع الى المحلوف عليــه وهو الشرط وبعضها يرجع الى المحـل المحلوف بطلاقه وعتــاقه وبعضها يرجع الى نفس الركن أما الذى يرجع الى الحالف فما ذكرنا فى الطلاق والعتاق وكل ما هو شرط جواز الطلاق والعتاق فهو شرط انعقاد اليمين بهما وما لا فلا وسنبين جملة ذلك فى كتاب الطلاق والعتاق (وأما) الذى يرجع الى المحلوف عليه وهو الشرط فمنها أن يكون أمراً فى المستقبل فلا يكون التعليق بامر كائن يمينا بل يكون تنجيزا حتى لوقال لامرأته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا يقع الطلاق فى الحال وعلى هــذا يخرج ما اذا قال لامرأته وهى حائض أو مريضة اذا حضت أو مرضت فانت طالق ان ذلك على حيض مستقبل ومرض مستقبل وهو حيض آخر يوجد فى المستقبل أو مرض آخر لا على الحـال فان عينت ما يحدث من هــذا الحيض وما يزيد من هــذا المرض فهو كما نوى لان الحيض ذو أجزاء تحدث حالا فحالا وكذلك المرض يزداد ويكون ذلك حيضا ومرضا فاذا نوى ذلك فقد نوى ما يحتمله لفظه فيصدق فان قال فان حضت غــداً فانت طالق وهو يعلم انها حائض فهذا على هذه الحيضة اذا دام الحيض منها الى أن ينشق الفجر من الغد بعد أن تكون تلك الساعة تمام الثلاثة أو أكثر لانه اذا علم بحيضها استحال ان يعنى بيمينه حــدوث حيضة أخرى فى غد فتعين انه اراد استمرار هذه الحيضة ودوامها وانما اعتبر بتلك الساعة لتمام الثلاثة او أكثر لان الحيض اذا انقطع فيما دونها فليس بحيض فلا يوجد شرط اليمين وان كان لا يعلم بحيضها فهو على حيض مستقبل ويدين فى القضاء لانه اذا لم يعلم بحيضها فالظاهر انه أراد حدوث الحيض وكذلك هذه الوجوه فى المرض وكذلك المحموم اذا قال ان حميت أو المصدوع اذا قال ان صدعت وكذلك الرعاف وان كان صحيحاً فقال ان صحيت فامرأتى طالق وكان صحيحا حــين سكت طلقت امرأته وهو كبصير قال ان أبصرت وكسميع قال ان سمعت لان الصحة عرض يحــدث ساعة فساعة فالموجود فى الزمان الثانى غير الموجود فى الزمان الاول وقد حدثت له الصحة حين ما فرغ من هذا الكلام فوجد شرط الحنث ولا

يمكن شرط صحة أخرى فى المستقبل كالحيض والمرض فتقع يمينه على مايحدث عقيب الكلام وعلى هذا يخرج
ما اذا قال لامرأته اذا قمت أوقعدت أوركبت أولبست فانت طالق وهى قائمة أوقاعدة أوراكبة أولابسة انه اذا مكث
ساعة بعد اليمين مقدار ما يقدر على تركها حنث وكذلك السكنى اذا لم يأخذ فى النقلة من ساعته لان الدوام على هذه
الافعال يعنى به تجدد أمثالها يسمى باسم هذه الافعال فقد وجد ما تناوله الاسم عقيب اليمين فيحنث وأما الدخول بان
قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وهى داخلة فهذا لا يكون الا على دخول مستقبل فان نوى الذى هو فيه لا يحنث
لان الدخول هو الانفصال من خارج الى داخل وهذا لا يحتمل التجدد فلا يثبت الاسم فى حالة البقاء أعنى الثانى فى
زمان وجوده وكذلك اذا قال لها ان خرجت وهى خارجة لان الخروج ضد الدخول وهو الانفصال من داخل الى
خارج وأنه لا يتجدد فى الثانى من زمان وجوده فلا يثبت الاسم بخلاف القيام والركوب واللبس ونحوهما يوضح
الفرق أنه يقال قمت يوما وركبت يوما ولبست يوما ولا يقال دخلت الدار يوما ولا خرجت من الدار يوما على ارادة
المكث وكذلك الحبل اذا قال للحبلى اذا حبلت فانت طالق فهذا يقع على حبل مستقبل لانه يراد به ابتداء العلوق عرفا
وعادة ولو قال ان أكلت أوضربت فهو على الحادث كل شىء أكله بعد يمينه أوضربه بعد يمينه يحنث لان الضرب
يتجدد وذكر فى الاصل اذا قال لها أنت طالق مالم تحيضى أومالم تحبلى وهى حبلى أوحائض فى حال الحلف فهى طالق
حين سكت الا أن يكون ذلك منها حين سكت لانه جعل حدوث الحيض والحبل شرط البر فالم يوجد عقيب اليمين
يحنث وان عنى به مافيه من الحيض دين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين فى الحبل لان الحيض ذو أجزاء فجاز ان
يسمى مايحدث من أجزائه باسم الابتداء فاما الحبل فليس بذى اجزاء ألا ترى ان الحيض يزداد والحبل ليس بمعنى
يحتمل الزيادة فلا يصدق اصلا والله عز وجل اعلم (ومنها) ان يكون المذكور فى المستقبل متصور الوجود حقيقة
لا عادة هو شرط انعقاد اليمين فان كان مما يستحيل وجوده حقيقة لا ينعقد كما اذا قال لامرأته ان ولج الجمل فى سم
الخياط فأنت طالق وان اجتمع الضدان فأنت طالق لان مثل هذا الكلام يذكر لتأكيد النفى أى طلاقك أمر
لا يكون أصلا ورأسا كما لا يلج الجمل فى سم الخياط ولا يجتمع الضدان قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج
الجمل فى سم الخياط اى لا يدخلونها رأسا وعلى هذا يخرج ما اذا قال ان لم اشرب الماء الذى فى هذا الكوز فامرأته
طالق اوعبده حر أوقال ان لم اقتل فلانا ولا ماء فى الكوز وفلان ميت وهو يعلم بذلك اولا يعلم به وقد ذكرنا جملة
هذا وتفصيله ومافيه من الاتفاق والاختلاف وما يتصل بذلك من المسائل فى اليمين بالله تعالى وأما الذى يرجع الى
المحل المحلوف بطلاقه وعتاقه فقيام الملك فيه والاضافة الى الملك أوالى سبب الملك وسنبين ذلك فى كتاب الطلاق
والعتاق ونذكر ذلك كله (وأما) الذى يرجع الى نفس الركن فما ذكرنا فى اليمين بالله تعالى وهو عدم ادخال
الاستثناء عليه فاذا أدخل عليه الاستثناء ابطله بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق ان شاء الله تعالى اوقال ماشاء
الله تعالى أوقال بمشيئة الله تعالى أوقال الا أن يشاء الله أوقال بارادة الله أو بقضاء الله تعالى أو بقدرته ولو قال ان
اعاننى الله أو بمعونة الله وأراد به الاستثناء يكون مستثنيا فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لان الشىء
بعد وجوده لا يحتمل الاعانة عليه فلا يمكن حمله على التعليق بالشرط فيجعل مجازا عن الاستثناء وكذلك اذا قال ان
يسر الله تعالى أوقال بتيسير الله تعالى ونوى الاستثناء وسنذكر شرائط صحة الاستثناء فى كتاب الطلاق ونذكر
ان منها ان يكون الاستثناء موصولا بالكلام المتقدم وهو ان لا يكون بينهما فاصل الا أن يكون الفصل لضرورة
وعلى هذا ماروى عن ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال لامرأته ان خرجت من هذه الدار فانت طالق ثلاثا
فاعلمى ذلك الا باذنى أوقال ان شاء الله انه يصح الاستثناء فلا تطلق وان خرجت من الدار لان حرف الفاء حرف
عطف فيقتضى تعلق ما دخلت عليه الجملة المتقدمة فيصير الكل كلاما واحدا فلا يكون فاصلا وان قال اعلمى
ذلك أواذهبى لم يصح الاستثناء لانه لم يوجد ما يوجب تعلق المذكور بالكلام الاول فصار كلاما مبتدأ فكان

فاصلا قاطعا للاستثناء فيتعلق الطلاق بالخروج وقال القدورى و ينبغى على قول أبى حنيفة أن لا يصح الاستثناء و يقع الطلاق فى الفصلين جميعا بناء على أصله فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله تعالى (ومنها) أن لا يدخل بين الشرط والجزاء حائل فاذا دخل لم يكن يمينا وتعليقا بل يكون تنجيزا وعلى هذا يخرج ادخال النداء فى وسط الكلامين انه يكون فاصلا مانعا من التعليق أولا وجملة الكلام فيه أن النداء أنواع ثلاثة نداء بالقذف بان يقول يازانية ونداء بالطلاق بأن يقول ياطالق ونداء بالعلم بأن يقول يازينب أو ياعمرة وكل واحد من الانواع الثلاثة على ثلاثة أوجه اما ان ذكر النداء فى أول الكلام واما ان ذكره فى أوسطه واما ان ذكره فى آخره وكل ذلك ينقسم الى قسمين اما ان علق بشرط وهو دخول الدار ونحوه واما ان نجز وأدخل فيه الاستثناء فقال ان شاء الله تعالى أما النداء بالقذف اذا ذكره فى أول التعليق بالشرط لا يمنع من التعليق و يكون قذفا صحيحا بأن قال لامرأته يازانية أنت طالق ان دخلت الدار لان قوله يازانية وان كان موضوعا للنداء لكنه وصف لها بالزنا من حيث المعنى لانه اسم مشتق من حيث المعنى وهو الزنا والاسم المشتق من معنى يقتضى وجود ذلك المعنى لا محالة كسائر الاسماء المشتقة من المعانى من المتحرك والساكن ونحو ذلك سواء كان الاسم موضوعا للنداء أو غيره فصار بوصفه اياها بالزنا ونسبة الزنا اليها قاذفا لها بالزنا وهى زوجته وموجب قذف الزوجات اللعان عند استجماع شرائط اللعان ثم صار معلقا طلاقها بدخول الدار بقوله أنت طالق ان دخلت الدار فيتعلق به وهذا لانه ناداها لتتنبه لسماع كلامه فلما تنبهت خاطبها باليمين وهى تعليق طلاقها بدخول الدار وكذا لو قال يازانية أنت طالق ان شاء الله تعالى صار قاذفا لما قلنا ولا يقع الطلاق لدخول الاستثناء فيه ولو بدأ بالنداء فى الطلاق فقال ياطالق أنت طالق ان دخلت الدار وقع الطلاق بقوله ياطالق لانه وصفها بالطلاق فيقتضى تقدم ثبوت الطلاق على وصفه اياها لضرورة صحة الوصف وتعلق طلاق آخر بدخول الدار لما ذكرنا فى الفصل الاول وكذا لو قال ياطالق أنت طالق ان شاء الله تعالى يقع الطلاق بقوله ياطالق ولم يقع الثانى لدخول الاستثناء عليه ولو بدأ بالنداء بالعلم فقال ياعمرة أنت طالق ان دخلت الدار لا يقع شئ وتعلق الطلاق بالدخول لانه بندائه اياها بالعلم نبهها على سماع كلامه ثم علق طلاقها بالدخول وكذا لو قال ياعمرة أنت طالق ياعمرة ان شاء الله تعالى لا يقع شئ لما ذكرنا هذا اذا بدأ بالنداء اما بالقذف أو بالطلاق أو بالعلم فاما اذا أتى بالنداء فى وسط الكلام فى التعليق بالشرط بان قال لها أنت طالق يازانية ان دخلت الدار فقد روى ابن سماعة عن محمد انه لا يصير فاصلا و يتعلق الطلاق بدخول الدار و يصير قاذفا و يجب اللعان وكان أبو يوسف يقول بهذا القول ثم رجع وقال يقع الطلاق للحال ولا يصير قاذفا حتى لا يجب اللعان وذكر محمد فى الجامع ان الطلاق يتعلق بدخول الدار ولا يصير النداء فاصلا بين الشرط والجزاء مانعا من التعليق ولا يصير قاذفا ولا يجب اللعان قال المشايخ ما ذكره ابن سماعة عن محمد هو قوله الاخير وما ذكره محمد فى الجامع قول أبى حنيفة فحصل فى المسئلة ثلاثة أقوال على قول أبى حنيفة تعلق القذف و بطل فى نفسه وتعلق الطلاق وعلى قول محمد تعلق الطلاق ولم يتعلق القذف بل تحقق للحال وعلى قول أبى يوسف تعلق القذف فبطل فى نفسه ولم يتعلق الطلاق بل تنجز (وجه) قول أبى يوسف انه لما ذكر قوله ان دخلت الدار عقيب قوله يازانية فقد علق القذف بالشرط والقذف لا يتعلق بالشرط لانه وصف الشخص بالزنا كقوله قائمة وقاعدة انه وصفها بالقيام والقعود ووصف الشئ بصفة يكون اخبارا عن وجود الصفة فيه والاخبار مما لا يتعلق بالشرط حتى يكون صادقا عند وجوده كاذبا عند عدمه أو مخبرا عند وجوده غير مخبر عند عدمه واذا لم يتعلق صار لغوا فصار حائلا بين الشرط والجزاء فينزل الجزاء لكن مع هذا لا يصير قاذفا لانه قصد تعليق القذف بالشرط ومن قصد تعليق شئ بشرط لا يكون مثبتا له فى الحال فلم يصر قاذفا وعند وجود الشرط لا يصير قاذفا أيضا لانه لم يتعلق به حتى ينزل عند وجوده (وجه) ما روى ابن سماعة عن محمد ان قوله يازانية وان لم يتعلق ولكنه مع هذا لا يصير لغوا لانه لتأكيد الخطاب الموجود بقوله أنت طالق فصار مؤكدا لباب الخطاب فالتحق به فصار كانه قال أنت يازانية ان دخلت الدار طالق

فتعلق

فتعلق الطلاق بالدخول و بقى القذف متحققا ألا ترى انه لو قال أنت طالق ياعمرة ان دخلت الدار صح التعليق ولم يصر قوله ياعمرة فاصلا كذا ههنا (وجه) قول أبى حنيفة ان تعليق الطلاق بالشرط قد صح لما مر فى كلام محمد والقذف لم يتحقق لانه ذكر عقيبه الشرط والقذف متى علق بالشرط لا يقصد الانسان تحقيقه للحال واليا بعد وجود الشرط على ما مر وكان القاضى الجليل يقول تعليق القذف بالشرط يكون تبعيد اللقذف كما يقول الرجل ان فعلت كذا فامرأته زانية أو أمه زانية يريد بذلك تبعيد الفعل ولن يتحقق تبعيد الفعل الا بتبعيد الاتصاف بالزنا عن أمه وامرأته و بمثل هذا يحصل الوصف بالاحصان دون الوصف بالزنا والحاق العار به والله عز وجل أعلم وكذا لو قال أنت طالق يازانية ان شاء الله تعالى فهو على هذا الخلاف ولو كان النداء بالطلاق بأن قال أنت طالق ياطالق ان دخلت الدار هذا أيضا على الخلاف بين أبى يوسف ومحمد الا ان أباحنيفة يفرق بين هذا و بين النداء بالزنا بقوله يازانية و يقول يقع الطلاق منجزا بقوله أنت طالق ولا يتعلق بدخول الدار و يصير كقوله ياطالق فاصلا ووجه الفرق ان قوله ياطالق وان كان نداء فهو ايقاع الطلاق فكان قوله أنت طالق ياطالق ايقاعا عقيب ايقاع من غير عطف البعض على البعض والشرط اتصل بآخر الايقاعين دون الاول منهما فبقى الاول تنجيزا بخلاف قوله يازانية فانه نداء وتأكيد لما تقدم من تاء الخطاب لا ايقاع فلم يتعلق به فلم يصر حائلا فلم يمنع من تعلق الشرط بالجزاء ولو قال أنت طالق ياطالق ان شاء الله هذا أيضا على ماذكرنا من الخلاف بينهم والفرق لابى حنيفة بين هذا و بين قوله أنت طالق يازانية ان شاء الله ولو كان النداء بالعلم بان قال أنت طالق ياعمرة ان دخلت الدار فههنا يتعلق الطلاق بالشرط بالاجماع وأبو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذا و بين قوله يازانية والفرق ان قوله ياعمرة لا يفيد الا ما يفيده قوله أنت فكان تأكيدا له فالتحق به فلم يصر فاصلا (وأما) قوله يازانية ففيه زيادة أمر لا تفيده تاء الخطاب وهو اثبات وصف الزنا و يتعلق به شرعا حكم وهو الحد أو اللعان فى الجملة فلا يمكن أن يجعل تكرار اللتاء الموضوعة للخطاب فكان معتبرا فى نفسه فلم يصر ملتحقا بتاء الخطاب فبقى فاصلا فاما فيما نحن فيه فبخلافه على ما مر ولو قال أنت طالق ياعمرة ان شاء الله لا يقع الطلاق لما مر هذا اذا أتى بالنداء فى أول الكلام أو وسطه فاما اذا أتى به فى آخر الكلام أما فى النداء بالزنا بان قال أنت طالق ان دخلت الدار يازانية فان الطلاق يتعلق بالدخول لانه علق الطلاق بالدخول ثم ناداها بعد ذلك فصار قاذفا ولم يوجد بعد القذف شرط ليقال انه قصد تعليق القذف بعد تحقيقه وكذا فى قوله أنت طالق ان شاء الله يازانية بطل الطلاق وتحقق القذف وفى قوله أنت طالق ان دخلت الدار ياطالق تعلق الاول بالدخول ووقع بقوله ياطالق طلاق لدخول الشرط فى الاول دون قوله ياطالق وكذا لو قال أنت طالق ان شاء الله ياطالق وكذا قوله أنت طالق ان دخلت الدار ياعمرة فهذا رجل علق الطلاق بدخول الدار ثم ناداها ونبهها بالنداء على اليمين والخطاب فصح التعليق وكذا لو قال أنت طالق ان شاء الله ياعمرة لا يقع شئ لما مر قال أبو حنيفة ولو قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق يازانية ثلاثا فهى ثلاث ولا حد ولا لعان وقال أبو يوسف هى طالق واحدة وعليه الحد أبو حنيفة لم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها لان قوله يازانية نداء فلا يفصل بين العدد وهو قوله ثلاثا و بين أصل الايقاع وهو قوله أنت طالق واذا لم يفصل فيوقف الوقوع على آخر الكلام وهو قوله ثلاثا فتبين فلا يمكن الحاق اللعان بعد البينونة وأبو يوسف يقول ان قوله يازانية يفصل بين الايقاع والعدد فبانت بقوله أنت طالق فصادفها قوله يازانية وهى أجنبية فيجب عليه الحد و يلغو قوله ثلاثا قال أبو يوسف ولا يشبه هذا المدخول بها اذا قال لها أنت طالق يازانية ثلاثا انها تبين بثلاث ولا حد ولا لعان لانا وان اعتبرنا قوله يازانية فاصلا فانه لا يمنع الحاق الثلاث به فانه لو قال لها أنت طالق وسكت فقيل له كم فقال ثلاثا فكذا اذا فصل بقوله يازانية وقال أبو حنيفة وأبو يوسف اذا قال لها قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثا وقال انت طالق ان دخلت الدار فانت بعد قوله انت طالق قبل قوله ان دخلت الدار فهذا باطل لا يلزمه طلاق لان العدد اذا قرن بالتطليق كان الواقع هو العدد وهى عند ذلك ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها والشرط اذا لحق بآخر الكلام يتوقف اول الكلام

على آخره ولا يفصل آخر الكلام عن اوله وقد حصل آخر الكلام وهى اجنبية ولو قال أنت طالق ثلاثا يا عمرة فماتت قبل ان يقول يا عمرة فالطلاق لازم لان قوله يا عمرة نداء ليس بشرط ولا عدد يتوقف الوقوع عليه فلا يتوقف والله عزوجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم هذه اليمين فحكمها واحد وهو وقوع الطلاق أو العتاق المعلق عند وجود الشرط فتبين ان حكم هذه اليمين وقوع الطلاق والعتاق المعلق بالشرط ثم نبين أعيان الشروط التى تعلق بها الطلاق والعتاق على التفصيل ومعنى كل واحد منهما حتى اذا وجد ذلك المعنى يوجد الشرط فيقع الطلاق والعتاق والا فلا أما الاول فلان اليمين بالطلاق والعتاق هو تعليق الطلاق والعتاق بالشرط ومعنى تعليقهما بالشرط وهو ايقاع الطلاق والعتاق فى زمان ما بعد الشرط لا يحتمل له معنى آخر فاذا وجد ركن الايقاع مع شرائطه لا بد من الوقوع عند الشرط فأما عدم الوقوع عند عدم الشرط فليس حكم التعليق بالشرط عندنا بل هو حكم العدم الاصلى لان الوقوع لم يكن ثابتا فى الاصل والثبوت على حسب الاثبات والحالف لم يثبت الا بعد الشرط فبقى حكمه باقيا على أصل العدم لا أن يكون العدم موجب التعليق بالشرط بل موجبه الوقوع عند وجود الشرط فقط ثم الشرط ان كان شيئا واحدا يقع الطلاق عند وجوده بان قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فأنت طالق أو أنت طالق ان دخلت هذه الدار يستوى فيه تقديم الشرط فى الذكر وتأخيره وسواء كان الشرط معينا أو مبهما بان قال ان دخلت هذه الدار أو هذه فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار أو هذه وكذلك اذا كان وسط الجزاء بان قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق أو هذه الدار لان كلمة أو ههنا تقتضى التخيير فصار كل فعل على حياله شرطا فأيهما وجد وقع الطلاق وكذلك لو أعاد الفعل مع آخر بان قال ان دخلت هذه الدار أو دخلت هذه سواء أخر الشرط او قدمه أو وسطه وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال ان دخلت هذه الدار أو هذه الدار وان دخلت هذه فعبدى حر ان اليمين على ان يدخل احدى الاولين ويدخل الثالثة فأى الاولين دخل ودخل الثالثة حنث لانه جعل شرط حنثه دخول احدى الاولين ودخول الثالثة لانه ذكر احدى الاولين بكلمة أو فيتناول احداهما ثم جمع دخول الثالثة الى دخول احداهما لوجود حرف الجمع وهو الواو فى قوله وان دخلت هذه فصار دخول الثالثة مع دخول احدى الاولين شرطا واحدا فاذا وجد حنث هذا اذا أدخل كلمة أو بين شرطين فى يمين واحدة فأما اذا أدخلها بين ايقاع ويمين أو بين يمينين كما روى ابن سماعة وبشر عن أبى يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا أو والله لاضربن هذا الخادم اليوم فضرب الخادم من يومه فقد بر فى يمينه وبطل الطلاق لانه خير نفسه بين الطلاق وبين الضرب فى اليوم فاذا وجد أحدهما انتفى الآخر فاذا مضى اليوم قبل ان يضرب الخادم فقد حنث فى يمينه ويخير فان شاء أوقع الطلاق وان شاء ألزم نفسه اليمين لانه قد حنث فى أحد الامرين وهو المبهم فكان اليه التعيين فان قال فى اليوم قبل مضيه قد اخترت ان أوقع الطلاق لزمه وبطلت اليمين لانه خير نفسه بين الايقاع وبين اليمين فاذا أوقع فقد سقطت اليمين ولو قال قد اخترت التزام اليمين وأبطلت الطلاق فان الطلاق لا يبطل حتى لو مضى اليوم قبل ان يضرب الخادم حنث فى يمينه لان اختيار التزام اليمين لا يبطل اليمين لان اليمين لا يجب على الانسان بالالتزام حتى يبطل بالاختيار فبقيت اليمين على حالها ولو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا أو والله لاضربن فلانة فماتت فلانة قبل ان يضربها فقد حنث فى يمينه وهو مخير ان شاء ألزم نفسه الطلاق وان شاء الكفارة لانه شرط البر فات بموتها فحنث فى احدى اليمينين ولو كان الرجل هو الميت والمحلوف على ضربها حية فقد وقع الحنث على الرجل والطلاق وقد مات قبل ان يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث لانه لما كان مخيرا بين الطلاق والتزام الكفارة لا يقع الطلاق بالشك ولا يجبره الحاكم على البيان لان أحدهما وهو الكفارة لا يدخل تحت الحكم فلا يقدر الحاكم على الزامه ولكن يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ولو كان بدل الكفارة طلاق أخرى فقال أنت طالق ثلاثا أو هذه فههنا يجبره الحاكم حتى يبين لان الواقع طلاق وانه

مما يدخل فى الحكم ولو قال أنت طالق أو على حجة أو عمرة لم يجبره الحاكم على الاختيار انما يفتى فى الوقوع أن يوقع أيهما شاء و يبطل الاخرى ولو قال أنت طالق ثلاثا أو فلانة على حرام يعنى اليمين فانه يخير تخيير الفتوى ولا يجبره القاضى حتى يمضى أربعة أشهر قبل ان يقرب لانه لا يقدر على أن يسقط ذلك عن نفسه بالكفارة فاذا مضت أربعة أشهر قبل ان يقرب يخير تخيير حكم و يقال له أوقع طلاق الايلاء على التى حرمت أو طلاق الكلام على التى تكلمت بطلاقها لان الطلاق لابد ان يقع على احداهما فخير فيه تخيير الحاكم وقال محمد فى الجامع اذا قال والله لا أدخل هذه الدار أو لا أدخل هذه فان دخل احداهما حنث لان كلمة أو اذا دخلت بين شيئين تناولت كل واحد على الانفراد قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا ولو قال والله لا أدخل هذه الدار أبدا أو لادخلن هذه الدار الاخرى اليوم فان دخل الاولى حنث وان لم يدخلها ولم يدخل الاخرى حتى مضى اليوم حنث لانه خير نفسه فى اليمين ان لا يدخل الدار الاولى أو يدخل الاخرى فى اليوم فان دخل الاخرى فى اليوم بر فى يمينه وان مضى اليوم حنث فى احدى اليمينين قال ابن سماعة فى نوادره سمعت محمدا قال فى رجل قال عبده حر ان لم يدخل هذه الدار اليوم فان لم يدخلها اليوم دخل هذه قال محمد ليس هذا باستثناء واليمين على حالها ولا أبالى وصل هذا الكلام أو فصله فان لم يدخل الدار الاولى اليوم حنث لان قوله فان لم يدخلها ليس بلفظ تخيير فبقيت اليمين الاولى بحالها والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الشرط شيئا واحدا فان كان شيئين بان عطف أحدهما على الآخر بحرف العطف لا ينزل الا عند وجود الشرطين لانه علقهما بهما فلو نزل عند وجود أحدهما لنزل من غير صنعه وهذا لا يجوز سواء قدم الشرطين على الجزاء فى الذكر أو أخرهما أو وسط الجزاء بان قال لها ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار وهذه الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق وهذه الدار لا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعاً أما اذا قدم الشرطين على الجزاء أو أخرهما عنه فلانه جمع بين الشرطين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت طالق أو أنت طالق ان دخلت هاتين الدارين لا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعا كذا هذا وانما استوى فيه تقديم الشرطين وتأخيرهما لان الجزاء يتعلق بالشرط كيفما كان فكان التقديم والتأخير فيه سواء وأما اذا وسط الجزاء فلان الشىء يعطف على جنسه لا على غير جنسه فلا يصح عطف الشرط على الجزاء فيجعل معطوفا على الشرط وكذلك اذا كان العطف بحرف الفاء بان قال ان دخلت هذه الدار فهذه الدار أنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار فهذه الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق فهذه الدار فهذا كله سواء ولا يقع الطلاق الا عند دخول هذين الدارين جميعا كما فى الفصل الاول الا أن هناك لا يراعى الترتيب فى دخول الدارين وههنا يراعى وهو ان تدخل الدار الثانية بعد دخولها الاولى والا فلا يقع الطلاق لان الواو والفاء وان كانت كل واحدة منهما حرف عطف و جمع لكن الواو للجمع المطلق والفاء للجمع المقيد وهو الجمع على سبيل التعقيب لذلك لزم مراعاة الترتيب فى الثانى دون الاول وكذلك ان كان العطف بكلمة ثم بان قال ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار أو قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق ثم هذه الدار فهذه والفاء سواء فى أنه يراعى الترتيب فى الدخول فى كل واحدة منهما الا أن ههنا لابد وأن يكون دخول الدار الثانية متراخيا عن دخول الاولى لان كلمة ثم للترتيب والتعقيب مع التراخى هذا اذا ذكر حرف العطف بدون الفعل فان ذكر مع الفعل فان كان بالواو بان قال ان دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار فهذا وما اذا ذكر حرف العطف بدون الفعل سواء لان الواو للجمع المطلق فيقتضى اجتماع الشرطين فيستوى فيه اعادة الفعل وعدم الاعادة وان كانت بالفاء فقال ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فأنت طالق أو قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فقد ذكر ابن سماعة عن أبى يوسف أنه فرق بين الفاء و بين الواو فى هذه الاوجه

فقال فى الاول يقع الطلاق عند دخول الدارين من غير مراعاة الترتيب وفى الثانى لا يقع الا أن يكون المذكور بالفاء آخرا حتى لو دخلت الدار الثانية قبل الاولى ثم دخلت الاولى لا يحنث ووجه الفرق ماذكرنا أن الواو تقتضى الجمع المطلق من غير شرط الترتيب والفاء تقتضى التعقيب فيستدعى تأخر الفعل الثانى عن الاول وقد ذكر ابن سماعة عن محمد فى هذا زيادة تفصيل فقال فى رجل قال لامرأته ان دخلت دار فلان فدخلت هذه الدار فأنت طالق ولم يدخل بها ثم طلقها فدخلت دار فلان ثم تزوجها فدخلت الدار الثانية لم تطلق كأنه جعل دخول دار فلان شرطا لانعقاد اليمين فانما يصير حالفا حين دخلت الدار الاولى ولا ملك له فى ذلك الوقت فيصير حالفا بطلاق امرأة لا يملكها فلا تطلق وان دخلت الدار الثانية وهى امرأته لما لم تنعقد اليمين وقد روى عن أبى يوسف مثل هذه فى مسئلة أخرى فقال اذا قال لامرأتين له اذا غشيت هذه فاذا غشيت هذه الاخرى فعبدى حر فليس الحلف على الاولى انما تنعقد عليه اليمين فى الثانية اذا غشى الاولى ويكون موليا من الثانية اذا غشى الاولى والفاء فى هذه المواضع لا تشبه الواو فدل ذلك على أنه جعل غشيان الاولى شرطا لانعقاد اليمين فى الثانية ولو قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ان دخلت هذه الدار وان دخلت هذه الدار أو وسط الجزاء بان قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق وان دخلت هذه الدار فان أبا يوسف ومحمدا قالا أى الدارين دخلت طلقت وسقطت اليمين ولا تطلق بدخول الدار الاخرى لانه لما أعاد حرف الشرط مع الفعل فلم يكن عطفا على الاولى فى الشرط بل صار ذلك يمينا أخرى أضمر فيها الجزاء فأيهما وجد نزل الجزاء وانحلت اليمين لان جزاء الثانى لم يبق وان قدم الشرطين على الجزاء فقال ان دخلت هذه الدار وان دخلت هذه الدار فأنت طالق فانها لا تطلق حتى تدخل الدارين جميعا وهو قول محمد روى ابن سماعة عنه وذكر محمد فى الجامع وقال هو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه سوى بين ذلك فقال أى الدارين دخلت طلقت كما فى الاولى وجه قول محمد أنه لما عطف الشرط على الشرط قبل الجزاء دل ذلك على أنهما يمين واحدة لان الكلام الاول وهو قوله ان دخلت هذه الدار ليس بتام لانه لا جزاء له فقوله بعد ذلك وان دخلت هذه الدار يكون شرطا على حدة الا أنه لم يذكر له جزاء فكان جزاء الاول جزاء الثانى فأيهما وجد نزل الجزاء وتبطل اليمين الاخرى لانه لم يبق لها جزاء بخلاف الفصل الاول لان هناك اليمين قد تمت بذكر الجزاء فلما أعاد حرف الشرط مع الفعل دل ذلك على أنه كلام مبتدأ وجه قول أبى يوسف أن تقديم الشرط على الجزاء وتأخيره عنه فى باب اليمين سواء ولو قدمه كان الجواب هكذا فكذا اذا أخر والله عز وجل أعلم ولو كرر الشرط وعلق به جزاء واحدا فان كرر بدون حرف العطف بان قال ان تزوجت فلانة ان تزوجت فلانة فهى طالق فاليمين انعقدت بالقول الثانى والقول الاول لغو وكذلك اذا متى وان اذا وان متى وكذلك ان بدأ باذا وأخر ان أو قال اذا ثم قال متى لان الشرط لا يتعلق به حكم الا بانضمام الجزاء اليه وقد ضم الجزاء الى الشرط الثانى لانه موصول به حقيقة فيقطع عن الاول فبقى الاول من غير جزاء فلغا وان قدم الجزاء فقال أنت طالق ان تزوجتك ان تزوجتك انعقد اليمين بالكلام الاول والكلام الثانى لغو لان الجزاء تعلق بالشرط الاول والثانى غير معطوف عليه فبقى شرطا لا جزاء له فلغا ولو قال اذا تزوجتك فأنت طالق ان تزوجتك فانما انعقدت اليمين بالكلام الآخر والكلام الاول لغو لان ان شرط محض ألا ترى أنه لا يستعمل الا فى الشرط واذ قد يستعمل فى الوقت ولا بد من تعليق الطلاق بأحدهما فتعليقه بالشرط المحض أولى وذكر محمد فى الجامع فى رجل قال لدار واحدة ان دخلت هذه الدار فعبدى حر ان دخلت هذه الدار فدخلها دخلة واحدة فانه ينبغى فى القياس ان لا يحنث حتى يدخل الدار دخلتين ولكنا نستحسن ونجعله حانثا بالدخلة الاولى (وجه) القياس أن تكرار الشرط يمكن ان يحمل على فائدة وهو أنه أراد به العطف الا أنه حذف حرف العطف فصار الشرط دخولها مرتين (وجه) الاستحسان أن التكرار يجعل ردا للكلام الاول لان الغرض من هذه اليمين المنع والظاهر أن الانسان يمنع نفسه من أصل الدخول دون التكرار الا ان يعنى دخلتين فيكون على ما عنى لان الظاهر ان الانسان لا يتكلم

بشئ

بشيء الا لفائدة تتعلق به فقد نوى ظاهر كلامه فيصدق وان كرر بحرف العطف فقال ان تزوجتك وان تزوجتك أو قال ان تزوجتك فان تزوجتك أو اذا تزوجتك ومتى تزوجتك لا يقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين لانه لما عطف أحد الشرطين على الآخر فقد علق الجزاء بهما فيتعلق بهما ولو قدم الطلاق فقال أنت طالق ان تزوجتك فان تزوجتك فهذا على تزويج واحد وهو مخالف للباب الاول لان الكلام الاول تم بالجزاء والشرط فاذا أعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم ولو قال ان تزوجتك فأنت طالق وان تزوجتك طلقت بكل واحد من التزويجين لانه عطف التزويج على الجزاء فصار الجزاء مضمرا فيه كأنه قال ان تزوجتك فأنت طالق والله عز وجل أعلم ولو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فعبد من عبيدي حر فدخلت الدار دخلات وكلمت فلانا مرة واحدة لا يعتق الا عبد واحد لانه جعل شرط العتق دخول الدار وكلام فلان فاذا تكرر أحد الشرطين ولم يوجد الآخر الا مرة واحدة فقد تم شرط يمين واحدة ووجد بعض شرط يمين أخرى فلا يعتق الا عبد واحد ولو قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فأنت طالق فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت امرأته ثلاثا لانه جعل الجملة المذكورة بعد حرف الفاء من ذكر الشرط والجزاء جزاء الدخول والجزاء يتكرر بتكرر الشرط اذا كان الشرط مذكورا بكلمة كلما ويصير كأنه علق عند كل دخول طلاقها بكلامها فاذا كلمت فلانا مرة تطلق ثلاثا اذ الفعل الواحد يصلح شرطا في ايمان كثيرة فيحنث في جميعها وروى ابن سماعة عن أبي يوسف ما يجري مجرى الشرح للمسئلة الاولى أنه قال لو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فأنت طالق فهذا عليهما جميعا فان دخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت واحدة لان الواو للجمع فيصير الدخول والكلام جميعا شرطا وتكرار بعض الشرط لا يتعلق به حنث فان عادت فكلمت فلانا قبل ان تدخل الدار الرابعة طلقت أخرى لانه تم شرط يمين أخرى فان عادت فكلمت فلانا الثالثة طلقت أخرى لتمام شرط اليمين الثالثة قال وكذلك لو بدأت بكلام فلان فكلمته ثلاث مرات ثم دخلت الدار دخلة طلقت واحدة فان عادت فدخلتها الثانية قبل الكلام طلقت أخرى فان عادت فدخلت الثالثة طلقت أيضا ثنتين لانه لا يراعى فيه الترتيب وأنه لا فرق بين تقديم أحد الشرطين على الآخر وبين تأخيره وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ما يجري مجرى شرح المسئلة الثانية أنه قال لو قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فأنت طالق فان اليمين في هذا كله انما تنعقد بدخول الدار فكلما دخلت دخلة انعقدت يمين فان كلمت فلانا طلقت فان عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت أخرى فان عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت أخرى ولو بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاث مرات لانه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين فينعقد عند كل دخلة يمين لمكان كلمة كلما فقد انعقدت عليها ايمان فانحلت بشرط واحد قال ولو بدأت بكلام فلان لم ينعقد به يمين ولم يقع به طلاق حتى تكلم فلانا بعد دخول الدار لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين فما لم تدخل لا ينعقد فلا يقع بالكلام طلاق قال وسمعت أبا يوسف قال ولو قال كلما دخلت هذه الدار فكلما كلمت فلانا فأنت طالق قال فهذا عليها ويكون الفاء جزاء فان بدأت فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاثا ولو دخلت الدار ثم كلمت فلانا ثلاث مرات طلقت ثلاثا لان اليمين قد انعقدت بدخول الدار فاذا تكرر شرطها تكرر الحنث لان كلما للتكرار والله عز وجل أعلم ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وفلانة لامرأته طلقت امرأته الساعة ولا ينتظر به التزويج لان كلمة كل ليست كلمة شرط لما قلنا لكن فيها معنى الشرط من حيث إنه يتوقف نزول الجزاء على امرأة موصوفة بصفة انها متزوجة وفلانة غير موصوفة بهذه الصفة فلا يقف طلاقها عليها ولو قال كل امرأة من نسائي تدخل الدار فهي طالق وفلانة سمى بعض نسائه فان الطلاق يقع عليها الساعة قبل ان تدخل الدار لما ذكرنا فان دخلت الدار وهي في العدة طلقت أخرى لانها قد دخلت في عموم قوله كل امرأة من نسائي تدخل الدار ولو قال أنت ومن دخل الدار من نسائي طالق

كانت طالقا ساعة سكت لما ذكرنا انه أوقع الطلاق على الموصوف وهذه غير موصوفة ولو دخلت هى فى هذه العدة طلقت أخرى لما بينا ولو قال لامرأته انت طالق وفلانة ان تزوجتها لم يقع الطلاق على امرأته حتى يتزوج بالاخرى لانه علق طلاقها بالشرط وهو التزوج لاتيانه بكلمة الشرط نصا فيتعلق به بخلاف الفصل الاول ولو قال لعبده انت حر ومن دخل الدار من عبيدى عتق الاول للحال لما ذكرنا فان عنى ان عتقه معلق بدخول الدار لم يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر لانعدام التعليق بالشرط حقيقة وهو متهم فيه لما فيه من التخفيف عليه فلا يصدقه القاضى والله تعالى الموفق وذكر محمد فى الجامع فى رجل له امرأتان فقال لاحداهما أنت طالق ان دخلت هذه الدار لا بل هذه فان دخلت الاولى الدار طلقتا ولا تطلق الثانية قبل ذلك لان قوله لاحداهما أنت طالق ان دخلت هذه الدار تعليق طلاقها بشرط الدخول وقوله لا رجوع عن تعليق طلاقها بالشرط وقوله بل اثبات تعليق طلاق هذه بالشرط والرجوع لا يصح والاثبات صحيح فيثبت فيتعلق طلاقها بالشرط ولو قال ان تزوجت فلانة فهى طالق لا بل غلامى فلان حر عتق عبده الساعة لان قوله لا بل غلامى فلان حر جملة تامة لكونها مبتدأ وخبرا فلا تفتقر الى ما تقدم من الشرط فلا يتعلق به بخلاف ما اذا قال ان تزوجت فلانة فهى طالق لا بل فلانة وهى امرأته ان امرأته لا تطلق الساعة لان قوله لا بل فلانة غير مستقل بنفسه بل هو مفتقر الى الكلام الاول وذلك متعلق بالشرط فيتعلق هذا أيضا ولو قال لعبده أنت حر ان دخلت الدار لا بل فلان لعبد له آخر لا يعتق الثانى الا بعد دخول الدار لانه استدرك بكلام غير مستقل فتعلق بالشرط وقال ابن سماعة عن أبى يوسف فى نوادره لو ان رجلا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق و طالق و طالق لا بل هذه فدخلت الاولى الدار طلقتا ثلاثا لان قوله لا بل هذه غير مستقل فاضمر فيه الشرط فصار طلاقها جزاء الدخول كطلاق الاولى والجزاء فى حق الاولى ثلاث تطليقات كذا فى حق الثانية ولو قال أنت طالق و طالق و طالق لا بل هذه وقع على الثانية واحدة وعلى الاولى ثلاث لانه يضمر فى حق الثانية ما يستقل به الكلام والكلام يستقل باضمار تطليقة واحدة ألا ترى ان التطليقات ههنا متفرقة فصار كانه قال لا بل هذه طالق بخلاف الفصل الاول لان هناك علق الثلاث جملة بالدخول فلا بد من اعتبارها جملة واحدة على حسب التعليق فصارت تلك الكلمة مستدركة فى حق الثانية ولو قال لامرأته أنت طالق ان كلمت فلانا لا بل هذه فكان على الكلام لا على الطلاق وهذا خلاف ما ذكره محمد فى الجامع ويجوز ان يكون قول أبى يوسف لانه نسقها على الكلام فتعلق طلاقها بكلام فلان فان قال ان كلمت فلانا فأنت طالق لا بل هذه فقوله لا بل هذه على الطلاق لانه نسقها على الجزاء فتعلق طلاقها بما تعلق به طلاق الاخرى قال بشر عن أبى يوسف فيمن قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق ان دخلت الدار فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فان الطلاق يقع على التى تزوج قبل الدخول ولا يقع على التى تزوج بعد الدخول وكذلك ذكر محمد فى الجامع لانه أوقع الطلاق على امرأة موصوفة بانه تزوجها قبل الدخول والموصوفة بهذه الصفة التى تزوجها قبل الدخول لا بعد الدخول فلا تطلق المتزوجة بعد الدخول ونظيره اذا قال كل امرأة لى عمياء طالق ان دخلت الدار فدخل ثم عميت امرأته لا تطلق كذا هذا ولو بدأ بالدخول فقال ان دخلت الدار فكل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم دخل الدار ثم تزوج أخرى فان الطلاق يقع على التى تزوج بعد الدخول ولا يقع على التى تزوج قبل الدخول لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين الثانية فصار كانه قال عند الدخول كل امرأة أتزوجها فهى طالق فلا يدخل فى ذلك ما تزوج من قبل قال أبو يوسف فان نوى ما تزوج قبل أو بعد فى المسئلتين جميعا فليس يقع على ما نوى ولا يلزمه ذلك لانه نوى ما لا يحتمله لفظه قال بشر ولو قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق ان دخلت الدار فدخل الدار ثم تزوج لا يقع الطلاق فان دخل الدار ثانيا وقع الطلاق لانه عقد اليمين على دخول بعد التزوج لا على دخول قبله فلم يكن الدخول قبل التزوج معقودا عليه فلا تنحل به اليمين فاذا وجد الدخول الثانى وهو المعقود عليه وقع به الطلاق ولو قال كل امرأة أتزوجها الى سنة فهى طالق ان كلمت فلانا فهو

على ما يتزوج في الوقت سواء كان قبل الكلام أو بعده كذا ذكر محمد في الجامع لانه لما قال كل امرأة أتزوجها الى سنة فلابد ان يكون للتوقيت فائدة فلو اختصت اليمين بما يتزوج قبل الكلام بطل معنى التوقيت فيصير الكلام شرطا لوقوع الطلاق المعلق بالتزوج ولو بدأ بالكلام فقال ان كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها الى سنة فهي طالق فهذا يقع على ما بعد الكلام والتوقيت وعدم التوقيت فيه سواء لانه لما بدأ بالكلام فقد جعل الكلام شرطه انعقاد اليمين فلا يدخل فيه المزوجة قبل الكلام ويكون فائدة التوقيت تخصيص العقد بمن تزوج في المدة دون ما بعدها والله عز وجل أعلم ولو عطف الحالف على يمينه بعد السكوت فالاصل فيه ما روى عن أبي يوسف انه قال اذا عطف على يمينه بعد السكوت ما يوسع على نفسه لم يقبل قوله كما لا يقبل في الاستثناء بعد السكوت وان عطف بما شدد على نفسه جاز واذا ثبت هذا الاصل فقال ابن سماعة سمعت أبا يوسف قال في رجل قال ان دخلت فلانة الدار فهي طالق ثم سكت سكتة ثم قال وهذه يعني امرأة له أخرى فانها تدخل في اليمين لان الواو للجمع فكانه قال وهذه طالق ان دخلت تلك الدار وفي هذا تشديد على نفسه وكذلك ان قال ان دخلت هذه الدار لانه عطف على الشرط وفيه تشديد لان هذا يقتضي وقوع الطلاق على الاولى بدخول كل واحدة من الدارين وفي هذا تشديد على نفسه وكذلك لو نجز فقال هذه طالق ثم سكت ثم قال وهذه طلقت الثانية لانه جمع بينهما في الايقاع وهذا تشديد على نفسه ولو قال لامرأته أنت طالق ان دخلت الدار ثم سكت ثم قال وهذه يعني دارا أخرى فليس له ذلك فان دخلت الاولى طلقت لان قوله وهذه يعني دارا أخرى يقتضي زيادة في شرط اليمين الاولى لانه اذا علق الطلاق بدخول دارين لا يقع باحداهما وهو لا يملك تغيير شرط اليمين بعد السكوت ولان في هذا توسيعا على نفسه فلا يجوز بعد السكوت كالاستثناء والله عز وجل أعلم ( وأما ) بيان اعيان الشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق فالشروط التي تعلق بها الطلاق والعتاق لا سبيل الى حصرها لكثرتها لتعلقها باختيار الفاعل فنذكر القدر الذي ذكره أصحابنا في كتبهم والمذكور من الشروط في كتبهم نوعان أفعال حسية وأمور شرعية أما النوع الاول فالدخول والخروج والكلام والاظهار والافشاء والاعلام والكتم والاسرار والاخفاء والبشارة والقراءة ونحوها والاكل والشرب والذوق والغداء والعشاء واللبس والسكنى والمساكنة والايواء والبيتوتة والاستخدام والمعرفة وقبض الحق والاقتضاء والهدم والضرب والقتل وغيرها والنوع الثاني وهو الحلف على أمور شرعية وما يقع منها على الصحيح والفاسد وعلى الصحيح دون الفاسد كالعطية والهبة والكسوة والركوب والجلوس والصدقة والاعارة والقرض والبيع والاجارة والشراء والتزوج والصلاة والصوم وأشياء أخر متفرقة نجمعها في فصل واحد في آخر الكتاب والاصل في هذه الشروط ان يراعي فيها لفظ الحالف في دلالته على المعنى لغة وما يقتضيه من الاطلاق والتقييد والتعميم والتخصيص الا ان يكون معاني كلام الناس بخلافه فيحمل اللفظ عليه ويكون ذلك حقيقة عرفية وانها تقضي على الحقيقة الوضعية والاصل فيه ما روى ان رجلا جاء الى ابن عباس رضي الله عنهما وقال ان صاحبا لنا مات وأوصى ببدنة أفتجزي عنه البقرة فقال ابن عباس رضي الله عنهما ممن صاحبكم فقال السائل من بني رباح فقال ابن عباس رضي الله عنهما متى اقتنت بنو رباح البقر انما البقر للازد وذهب وهم صاحبكم الى الابل فهذا الحديث أصل أصيل في حمل مطلق الكلام على ما يذهب اليه أوهام الناس ولان العرف وضع طارئ على الوضع الاصلي والاصطلاح جار من أهل اللغة فالظاهر ان المتكلم يقصد بكلامه ذلك فيحمل عليه مطلق اللفظ وبهذا يبطل قول الشافعي ان الايمان محمولة على الحقائق يؤيد ما قلنا ان العربي يقول لغريمه والله لاجرنك في الشوك يريد به شدة المطل دون الحقيقة وقول مالك الايمان محمولة على ألفاظ القرآن غير سديد أيضا بدليل ان من حلف لا يجلس في سراج فجلس في الشمس لا يحنث وان سمى الله تعالى الشمس سراجا بقوله عز وجل وجعلنا الشمس سراجا وكذا من حلف لا يجلس على بساط فجلس على الارض لا يحنث وان سماها الله سبحانه وتعالى في القرآن العظيم بساطا بقوله عز وجل والله الذي

جعل لكم الارض بساطا وكذا من حلف لا يمس وتدا فمس جبلا لا يحنث وان سمى الله عز وجل الجبل وتدا بقوله تعالى والجبال أوتادا فثبت ان ما قاله مالك غير صحيح والله أعلم

﴿ فصل ﴾ أما الحلف على الدخول فالدخول اسم للانفصال من العورة الى الحصن فان حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها فمكث بعد يمينه لا يحنث استحسانا والقياس ان يحنث ذكر القياس والاستحسان فى الاصل وجه القياس ان المداومة على الفعل حكم انشائه كما فى الركوب واللبس بان حلف لا يركب ولا يلبس وهو راكب ولابس فمكث ساعة انه يحنث لما قلنا كذا هذا وجه الاستحسان الفرق بين الفصلين وهو أن الدوام على الفعل لا يتصور حقيقة لان الدوام هو البقاء والفعل المحدث عرض والعرض مستحيل البقاء فيستحيل دوامه وانما يراد بالدوام تجدد أمثاله وهذا يوجد فى الركوب واللبس ولا يوجد فى الدخول لانه اسم للانتقال من العورة الى الحصن والمكث قرار فيستحيل أن يكون انتقالا يحققه ان الانتقال حركة والمكث سكون وهما ضدان والدليل على التفرقة بين الفصلين انه يقال ركبت أمس واليوم ولبست أمس واليوم من غير ركوب ولبس مبتدإ ولا يقال دخلت أمس واليوم الا لدخول مبتدإ وكذا من دخل دارا يوم الخميس ومكث فيها الى يوم الجمعة فقال والله ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة بر فى يمينه لذلك افترقا ولو حلف لا يركب أو لا يلبس وهو راكب أو لابس فنزل من ساعته أو نزع من ساعته لا يحنث عندنا خلافا لزفر وجه قوله ان شرط حنثه الركوب واللبس وقد وجد منه بعد يمينه وان قل ( ولنا ) ان ما لا يقدر الحالف على الامتناع من يمينه فهو مستثنى منه دلالة لان قصد الحالف من الحلف البر والبر لا يحصل الا باستثناء ذلك القدر وسواء دخل تلك الدار ماشيا أو راكبا لان اسم الدخول ينطلق على الكل ألا ترى انه يقال دخلت الدار ماشيا ودخلتها راكبا كما لو أمر غيره فحمله فأدخله حنث لان الدخول فعل لا حقوق له فكان فعل المأمور مضافا اليه كالذبح والضرب ونحو ذلك على ما نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه وان احتمله غيره فأدخله بغير أمره لم يحنث لان هذا يسمى ادخالا لا دخولا لما ذكرنا ان الدخول انتقال والادخال نقل ولم يوجد ما يوجب الاضافة اليه وهو الامر وسواء كان راضيا بنقله أو ساخطا لان الرضا لا يجعل الفعل مضافا اليه فلم يوجد منه الشرط وهو الدخول وسواء كان قادرا على الامتناع أو لم يكن قادرا عليه عند عامة مشايخنا وقال بعضهم ان كان يقدر على الامتناع فلم يمتنع يحنث لانه لما لم يمتنع مع القدرة كان الدخول مضافا اليه والصحيح قول العامة لانه لم يوجد منه الدخول حقيقة وامتناعه مع القدرة ان جاز ان يستدل به على رضاه بالدخول لكن الرضا يكون بالامر وبدون الامر لا يكفى لاضافة الفعل اليه فانعدم الدخول حقيقة وتقديرا وسواء دخلها من بابه أو من غيره لانه جعل شرط الحنث مطلق الدخول وقد وجد ولو نزل على سطحها حنث لان سطح الدار من الدار اذ الدار اسم لما أحاط به الدائرة والدائرة أحاطت بالسطح وكذا لو اقام على حائط من حيطانها لان الحائط مما تدور عليه الدائرة فكان كسطحها ولو قام على ظلة لها شارعة أو كنيف شارع فان كان مفتح ذلك الى الدار يحنث والا فلا لانه اذا كان مفتحه الى الدار يكون منسوبا الى الدار فيكون من جملة الدار والا فلا وان قام على أسكفة الباب فان كان الباب اذا أغلق كانت الاسكفة خارجة عن الباب لم يحنث لانه خارج وان كان اذا أغلق الباب كانت الاسكفة داخلة الباب حنث لانه داخل لان الباب يغلق على ما فى داخل الدار لا على ما فى الخارج وان أدخل الحالف احدى رجليه ولم يدخل الاخرى لم يحنث لانه لم ينتقل كله بل بعضه وقد روى عن بريدة رضى الله عنه انه قال كنت مع النبى صلى الله عليه وسلم فى المسجد فقال لى انى لاعلم آية لم تنزل على نبى بعد سليمان بن داود عليه الصلاة والسلام الا على فقلت وما هى يا رسول الله فقال لا أخرج من المسجد حتى أعلمكها فلما أخرج احدى رجليه فقلت فى نفسى لعله قد نسى فقال لى بم تفتتح القراءة فقلت بسم الله الرحمن الرحيم فقال صلى الله عليه وسلم هى هى فلو كان هذا القدر خروجا لكان تأخير التعليم اليه خلفا فى الوعد ولا يتوهم ذلك بالانبياء عليهم الصلاة والسلام ودل الحديث على ان التسمية آية من القرآن لان النبى صلى الله عليه وسلم سماها آية ومن

اصحابنامن قال موضوع هذه المسئلة فى دارداخلها وخارجها سطح واحد فان كانت الدار منهبطة فادخل اليها احدى رجليه حنث لان أكثره حصل فيها وللاكثر حكم الكل فان أدخل رأسه ولم يدخل قدميه أو تناول منها لم يحنث لان ذلك ليس بدخول ألا ترى ان السارق لو فعل ذلك لا يقطع ولو حلف لا يدخل دارا فدخل خرابا قد كان دارا وذهب بناؤها لا يحنث ولو كانت حيطانها قائمة فدخل يحنث ولو عين فقال أدخل هذه الدار فذهب بناؤها لا يحنث ولو كانت حيطانها قائمة ودخل يحنث ولو عين فقال لا أدخل هذه الدار فذهب بناؤها بعد يمينه ثم دخلها يحنث فى قولهم لان قوله دارا وان ذكر مطلقا لكن المطلق ينصرف الى المتعارف وهى الدار المبنية فيراعى فيه الاسم والصفة وهى البناء لانه جار مجرى الصفة فما لم يوجد لا يحنث وقوله هذه الدار اشارة الى المعين الحاضر فيراعى فيه ذات المعين لا صفته لان الوصف للتعريف والاشارة كافية للتعريف وذات الدار قائمة بعد الانهدام لان الدار فى اللغة اسم للعرصة والعرصة قائمة والدليل على ان الدار اسم للعرصة بدون البناء قول النابغة

يادارمية بالعلياء فالسند * أقوت فطال عليها سالف الأبد

الا اوارى لأ ياما أبينها * والنؤى كالحوض بالمظلومة الجلد

سماها دارا بعدما خلت من أهلها وخربت ولم يبق فيها الأوارى والنؤى ولو أعيد البناء فدخلها يحنث أما فى المعين فلا شك فيه لانه لو دخلها بدون البناء يحنث فمع البناء أولى وأما فى المنكر فلوجود الاسم والصفة وهى البناء وان بنيت مسجدا أو حماما أو بستانا فدخله لا يحنث لان اسم الدار قد بطل ألا ترى انه لا يسمى دارا فبطلت اليمين ولو أعادها دارا فدخلها لا يحنث لانها غير الدار الاولى وعن أبى يوسف اذا قال والله لا أدخل هذا المسجد فهدم فصار صحراء ثم دخله فانه يحنث قال هو مسجد وان لم يكن مبنيا ولان المسجد عبارة عن موضع السجود وذلك موجود فى الخراب ولهذا قال أبو يوسف ان المسجد اذا خرب واستغنى الناس عنه انه يبقى مسجدا الى يوم القيامة ولو حلف لا يدخل هذا البيت أو بيتا فدخله بعدما انهدم ولا بناء فيه لا يحنث لان البيت اسم مشتق من البيتوتة سمى بيتا لانه يبات فيه ولا يبات الا فى البناء ولهذا تسمى العرب الاخبية بيوتا فصار البناء فيه فى حق استحقاق الاسم ملتحقا بذات المسمى كاسم الطعام للمائدة والشراب للكاس والعروس للاريكة فيزول الاسم بزواله ولو بنى بيتا آخر فدخله لا يحنث أيضا فى المعين لان المعاد عين أخرى غير الاول فلا يحنث بالدخول فيه وفى غير المعين يحنث لوجود الشرط وهو دخول البيت ولو انهدم السقف وحيطانه قائمة فدخله يحنث فى المعين ولا يحنث فى المنكر لان السقف بمنزلة الصفة فيه وهى فى الحاضر لغو وفى الغائب معتبرة ولو حلف لا يدخل فى هذا الفسطاط وهو مضروب فى موضع فقلع وضرب فى موضع آخر فدخل فيه يحنث وكذلك القبة من العيدان ونحوه وكذلك درج من عيدان بدار أو منبر لان الاسم فى هذه الاشياء لا يزول بنقلها من مكان الى مكان ومن هذا الجنس من حيث المعنى اذا حلف لا يجلس الى هذه الاسطوانة أو الى هذا الحائط فهدما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث لان الحائط اذا هدم زال الاسم عنه وكذا الاسطوانة فبطلت اليمين وكذا اذا حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه فكتب به لان غير المبرى لا يسمى قلما وانما يسمى أنبوبا فاذا كسر فقد زال الاسم فبطلت اليمين وكذلك اذا حلف على مقص فكسره ثم جعله مقصا غير ذلك لان الاسم قد زال بالكسر وكذلك كل سكين وسيف وقدر كسر ثم صنع مثله ولو نزع مسمار المقص ولم يكسره ثم أعاد فيه مسمارا آخر حنث لان الاسم لم يزل بزوال المسمار وكذلك اذا نزع نصاب السكين وجعل عليه نصابا آخر لان السكين اسم للحديد ولو حلف على قميص لا يلبسه أو قباء محشوا أو مبطنا أو جبة مبطنة أو محشوة أو قلنسوة أو خفين فنقض ذلك كله ثم أعاده يحنث لان الاسم بقى بعد النقض يقال قميص منقوض وجبة منقوضة واليمين المنعقدة على العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقاء اسم العين وكذلك لو حلف لا يركب هذا السرج ففتقه ثم أعاده ولو حلف لا يركب هذه السفينة فنقضها ثم استأنف بذلك الخشب فركبها لا يحنث لانها لا تسمى سفينة بعد النقض

و زوال الاسم يبطل اليمين ولوحلف لاينام على هذا الفراش ففتقه وغسله ثم حشاه بحشو وخاطه ونام عليه حنث
لان فتق الفراش لايزيل الاسم عنه ولوحلف لايلبس شقة خز بعينها فنقضها وغزلت وجعلت شقة أخرى لم
يحنث لانها اذا نقضت صارت خيوطا و زال الاسم عن المحلوف عليه ولوحلف على قميص لايلبسه فقطعه جبة
محشوة فلبسه لايحنث لان الاسم قد زال فزالت اليمين ولوحلف لايقرأ في هذا المصحف فخلعه ثم لف ورقه
وغر زدفتيه ثم قرأ فيه يحنث لان اسم المصحف باق وان فرق ولوحلف على نعل لايلبسها فقطع شراكها وشركها بغيره
ثم لبسها حنث لان اسم النعل يتناولها بعد قطع الشراك ولوحلفت امرأة لاتلبس هذه الملحفة فخيط جانباها
فجعلت درعا وجعل لها جيبا ثم لبستها لم تحنث لانها درع وليست بملحفة فان أعيدت ملحفة فلبستها حنثت
لانها عادت ملحفة بغير تأليف ولازيادة ولا نقصان فهي على ما كانت عليه وقال ابن سماعة عن محمد في رجل
حلف لايدخل هذا المسجد فزيد فيه طائفة فدخلها لم يحنث لان اليمين وقعت على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها ولوقال
مسجد بني فلان ثم زيد فيه فدخل ذلك الموضع الذي زيد فيه حنث وكذلك الدار لانه عقد يمينه على الاضافة وذلك
موجود في الزيادة ولوحلف لايدخل بيتا فدخل مسجدا أو بيعة أو كنيسة أو بيت نار أو دخل الكعبة أو حماما أو
دهليزا أو ظلة باب دار لايحنث لان هذه الاشياء لاتسمى بيتا على الاطلاق عرفا وعادة وان سمى الله عز وجل الكعبة
بيتا في كتابه في قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذي ببكة وسمى المساجد بيوتا حيث قال تعالى في بيوت اذن
الله ان ترفع و يذكر فيها اسمه لان مبنى الايمان على العرف والعادة لا على نفس اطلاق الاسم ألا ترى أن من حلف
لا يأكل لحما فأكل سمكا لايحنث وان سماه الله تعالى لحما في كتابه الكريم بقوله عز وجل لتأكلوا منه لحما طريا لما لم يسم
لحما في عرف الناس وعاداتهم كذا هذا وقيل الجواب المذكور في مثل الدهاليز في دهليز يكون خارج باب الدار لانه
لايبات فيه فان كان داخل البيت ويمكن فيه البيتوتة يحنث والصحيح ما أطلق في الكتاب لان الدهليز لايبات فيه
عادة سواء كان خارج الباب أو داخله ولو دخل صفة يحنث كذا ذكر في الكتاب وقيل انما وضع المسألة على عادة
أهل الكوفة لان صفافهم تغلق عليها الابواب فكانت بيوتا لوجود معنى البيت وهو ما يبات فيه عادة ولذا سمى ذلك
بيتا عرفا وعادة فاما على عادة أهل بلادنا فلا يحنث لانعدام معنى البيت وانعدام العرف والعادة والتسمية أيضا
ولوحلف لايدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب فان نقب
للدار بابا آخر فدخل يحنث لانه عقد يمينه على الدخول من باب منسوب الى الدار وقد وجد والباب الحادث كذلك
فيحنث وان عنى به الباب الاول يدين فيما بينه و بين الله تعالى لان لفظه يحتمله ولايدين في القضاء لانه خلاف الظاهر
حيث أراد بالمطلق المقيد وان عين الباب فقال لا أدخل من هذا الباب فدخل من باب آخر لايحنث وهذا مما لاشك فيه
لانه لم يوجد الشرط ولوحلف لايدخل دار فلان فدخل دارا يسكنها فلان بملك أو اجارة أو إعارة فهو سواء يحنث في
يمينه ذكر ذلك أبو يوسف وذكر محمد في الاصل وضع المسألة في المستأجر وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي لايحنث
وجه قوله أن قوله دار فلان اضافة ملك اذ الملك في الدار للآجر وانما المستأجر ملك المنفعة فلا يتناوله اليمين (ولنا) أن
الدار المسكونة بالاجارة والاعارة تضاف الى المستأجر والمستعير عرفا وعادة والدليل عليه أيضا ما روى عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم أنه مر بحائط فاعجبه فقال لمن هذا فقال رافع بن خديج لي يارسول الله استأجرته اضافه الى نفسه
ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد ثبتت الاضافة عرفا وشرعا فاما اذا حلف لايدخل دارا لفلان فدخل
داراله قد آجرها لغيره قال محمد يحنث لانه حلف على دار يملكها فلان والملك له سواء كان يسكنها أولا يسكنها وروى
هشام عن محمد أنه لايحنث لانها تضاف الى الساكن بالسكنى فسقط اضافة الملك والجواب أنه غير ممتنع أن تضاف دار
واحدة الى المالك بجهة الملك والى الساكن بجهة السكنى لان عند اختلاف الجهة تذهب الاستحالة فان قال لا أدخل
حانوتا لفلان فدخل حانوتا له قد آجره فان كان فلان ممن له حانوت يسكنه فانه لايحنث بدخول هذا الحانوت لانه

يضاف

يضاف الى ساكنه ولا يضاف الى مالكه وان كان المحلوف عليه لا يعرف بسكنى حانوت يحنث لانا نعلم أنه أراد به اضافة الملك لا اضافة السكنى كما يقال حانوت الامير وان كان لا يسكنها الامير وان حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً بين فلان و بين آخر فان كان فلان فيها ساكنا حنث وان لم يكن ساكنا لا يحنث لانه اذا كان ساكنا فيها كانت مضافة اليه بالسكنى وان لم يملك شيأً منها فاذا ملك نصفها أولى واذا لم يسكن فيها كانت الاضافة اضافة الملك والكل غير مضاف اليه وفرق بين هذا و بين ما اذا حلف لا يزرع أرضاً لفلان فزرع أرضاً بينه و بين غيره انه يحنث لان كل جزء من الارض يسمى أرضاً و بعض الدار لا يسمى داراً ولو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل داره وفلان فيها ساكن لا يحنث حتى يدخل البيت لان البيت اسم لموضع يبات فيه عادة ولا يبات فى صحن الدار عادة فان نواه يصدق لانه شدد على نفسه وقال ابن رستم قال محمد فى رجل حلف لا يدخل دار رجل بعينه مثل دار عمرو بن حريث وغيرها من الدور المشهورة بار بابها فدخل الرجل وقد كان باعها عمرو بن حريث أوغيره ممن تنسب قبل اليمين اليه ثم دخلها الحالف بعد ذلك حنث لان الدور المشهورة انما تضاف الى أر بابها على طريق النسبة لا على طريق الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين وان كانت هذه اليمين على دار من هذه الدور التى ليست لها نسبة تعرف بها لم يحنث فى يمينه لانه يراد بهذه الاضافة الملك لا النسبة فاذا زال الملك زالت الاضافة وقال ابن رستم عن محمد فى رجل حلف لا يدخل هذه الحجرة فكسرت الحجرة فدخلها بعدما كسرت لا يحنث وليست الحجرة كالدار لان الحجرة اسم لما حجر بالبناء فكان كالبيت فاذا انهدمت فقد زال الاسم وقال ابن رستم عن محمد فى رجل حلف لا يدخل دار فلان فصعد السطح يحنث لان سطح الدار منها الا أن يكون نوى صحن الدار فلا يحنث فيما بينه و بين الله لانهم قد يذكرون الدار و يريدون به الصحن دون غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه ولو حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه حنث لان سطح المسجد من المسجد ألا ترى لو انتقل المعتكف اليه لا يبطل اعتكافه فان كان فوق المسجد مسكن لا يحنث لان ذلك ليس بمسجد ولو انتقل المعتكف اليه بطل اعتكافه ولو حلف لا يدخل هذه الدار الا مجتازاً قال ابن سماعة روى عن أبى يوسف أنه ان دخل وهو لا يريد الجلوس فانه لا يحنث لانه عقد يمينه على كل دخول واستثنى دخولا بصفة وهو ما يقصد به الاجتياز وقد دخل على الصفة المستثناة فان دخل يعود مريضاً ومن رأيه الجلوس عنده حنث لانه دخل لا على الصفة المستثناة فان دخل لا يريد الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس لا يحنث لانه لم يحنث حين دخوله لوجوده على الوصف المستثنى ولم يوجد الدخول بعد ذلك اذ المكث ليس بدخول فلا يحنث وذكر فى الاصل اذا حلف لا يدخل هذه الدار الا عابر سبيل فدخلها ليقعد فيها أو ليعود مريضا فيها أو ليطعم فيها ولم يكن له نية حين حلف فانه يحنث ولكن ان دخلها مجتازا ثم بدا له فقعد فيها لم يحنث لان عابر السبيل هو المجتاز فاذا دخلها لغير اجتياز حنث قال الا أن ينوى لا يدخلها يريد النزول فيها فان نوى ذلك فانه يسعه لانه قد يقال دخلت عابر سبيل بمعنى انى لم أدم على الدخول ولم أستقر فقد نوى ما يحتمله كلامه ولو حلف لا يطأ هذه الدار بقدمه فدخلها راكبا يحنث لانه قد يراد به الدخول فى العرف لا مباشرة قدمه الارض ألا ترى أنه لو كان فى رجله حذاء نعل يحنث فعلم أن المراد منه الدخول وان حلف لا يضع قدمه فى هذه الدار فدخلها راكبا حنث لان وضع القدم فى عرف الاستعمال صار عبارة عن الدخول فان كان نوى أن لا يضع قدمه ماشيا فهو على ما نوى لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق وكذلك اذا دخلها ماشيا وعليه حذاء أو لا حذاء عليه لما قلنا وروى هشام عن محمد فيمن حلف لا يدخل هذه الدار فدخل حانوتاً مشرعا من هذه الدار الى الطريق وليس له باب فى الدار فانه يحنث لانه من جملة ما أحاطت به الدائرة قال هشام وسألت أبا يوسف ان دخل بستاناً فى تلك الدار قال لا يحنث وهذا محمول على بستان متصل بالدار فان كان فى وسط الدار يحنث لاحاطة الدائرة به هكذا روى عن محمد وقال ابن سماعة فى نوادره عن محمد فى رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سربا فبلغ داره وحفر تحت دار فلان حتى جاوزها فدخل الحالف ذلك السرب حتى مضى فيه تحت دار فلان فانه لا يحنث

الا أن يكون من هذه القناة مكان مكشوف الى الدار يستقى منه أهل الدار فدخل الحالف القناة فبلغ ذلك المكشوف فيحنث وان لم يبلغ لم يحنث وان كان المكشوف شيأ قليلا لا ينتفع به أهل الدار وانما هو للضوء فمر الحالف بالقناة حتى بلغ الموضع فليس بحانث لان القناة تحت الدار اذا لم يكن منفذ لا تعد من الدار لان المقصود من دخول داره اما كرامة واما هتك حرمة وذلك لا يوجد فيما لا منفذ له واذا كان لها منفذ يستقى منه الماء فانه يعد من مرافق الدار بمنزلته بئر الماء فاذا بلغ اليه كان كمن دخل فى بئر داره واذا كان لا ينتفع به الا للضوء لا يكون من مرافق الدار فلا يصير بدخوله داخلا فى الدار فلا يحنث ولو دخل فلان سربا تحت داره وجعله بيوتا وجعل له أبوابا الى الطريق فدخلها رجل حلف لا يدخل دار فلان فهو حانث لان السرب تحت الدار من بيوت الدار ولو عمد فلان الى بيت من داره أو بيتين فسد أبوابهما من قبل داره وجعل ابوابهما الى دار الحالف فدخل الحالف هذين البيتين فانه لا يحنث لانه لما جعل أبوابهما الى دار الحالف فقد صارت منسوبة الى الدار الاخرى وقال ابن سماعة فى السرب اذا كان بابه الى الدار ومحتفره فى دار أخرى أنه من الدار التى مدخله اليها وبابه اليها لانه بيت من بيوتها وقال ابن سماعة عن أبى يوسف فى رجل حلف لا يدخل بغداد فانحدر من الموصل فى سفينة فمر بدجلة لا يحنث فان خرج فمضى فمشى على الجسر حنث وان قدم الى الشط ولم يخرج لم يحنث ولم يكن مقيما ان كان أهله ببغداد وان خرج الى الشط حنث وقال ابن سماعة عن محمد اذا انحدر فى سفينة من الموصل الى البصرة فمر فى شط الدجلة فهو حانث فصارت المسألة مختلفة بينهما وجه قول محمد أن الدجلة من البلد بدليل أنه لو عقد عليها جسر كانت من البلد فكذا اذا حصل فى هذا الموضع فى سفينة ولابى يوسف أن موضع الدجلة ليس موضع قرار فلا يكون مقصوداً بعقد اليمين على الدخول فلا ينصرف اليمين اليه قال بشر عن أبى يوسف فى رجل قال لامرأته ان دخلت هذه الدار ولم تعطينى ثوب كذا فأنت طالق فدخلت الدار ثم اعطته الثوب بعد ذلك فان الطلاق يقع عليها وان كانت اعطته الثوب قبل أن تدخل لم يقع عليها الطلاق لانه جعل شرط وقوع الطلاق دخولها الدار لا على صفة الاعطاء وهو أن لا يكون الزوج معطى حال الدخول لان هذه الواو للحال بمنزلة قوله ان دخلت الدار وأنت راكبة أنه يعتبر كونها راكبة حال الدخول ولا يعتبر الركوب بعده كذا هذا وكذلك لو قال ان خرجت ولم تأكلى أو خرجت وليس عليك ازار أو خرجت ولم تتخمرى لما قلنا ولو قال لها ان لم تعطنى هذا الثوب ودخلت هذه الدار فأنت طالق ولا نية له فان الطلاق لا يقع عليها حتى يجتمع الامران جميعا وهو ان لا تعطيه الثوب الى أن يموت أحدهما أو يهلك الثوب ويدخل الدار فاذا اجتمع هذان وقع الطلاق والا فلا لانه جعل ترك العطية والدخول جميعا شرطا لوقوع الطلاق لان قوله ودخلت الدار شرط معطوف على ترك العطية وليس بوصف له فيتعلق وقوع الطلاق بوجودهما ثم لا يتحقق الترك الا بموت أحدهما أو بهلاك الثوب فاذا مات أحدهما أو هلك الثوب ودخلت الدار فقد وجد الشرطان فيحنث ولو قال والله لا تدخلين هذه الدار ولا تعطينى هذا الثوب فأيهما فعلت حنث لان كلمة النفى دخلت على كل واحد منهما على الانفراد فيقتضى انتفاء كل واحد منهما على الانفراد كما فى قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج ومن هذا الجنس ما روى ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال والله لا أشترى بهذا الدرهم غير لحم فاشترى بنصفه لحما وبنصفه خبزاً يحنث استحسانا ولا يحنث فى القياس وجه القياس انه جعل شرط حنثه أن يشترى بجميع الدرهم غير اللحم وما اشترى بجميعه بل ببعضه فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث وجه الاستحسان ان مبنى الايمان على العادة وعادة الناس انهم يريدون بمثل هذا الكلام أن يشترى الحالف بجميع الدرهم اللحم ولم يشتر بجميعه اللحم فيحنث فان كان نوى أن لا يشترى به كله غير اللحم لم يحنث ويدين فى القضاء لانه نوى ظاهر كلامه فيصدق ولو قال والله لا أشترى بهذا الدرهم الا لحما فلا يحنث حتى يشترى بالدرهم كله غير لحم وهذا يؤيد وجه القياس فى المسألة الاولى لان الا وغير كلاهما من الفاظ الاستثناء وانا نقول قضية القياس هذا فى المسألة الاولى ألا يرى أنه لو نوى أن يشترى به كله غير اللحم صدق فى القضاء لا نا تركنا هذا القياس هناك

للعرف

للعرف والعادة ولا عرف ههنا يخالف القياس فعمدنا للقياس فيه ولو قال والله لا أشترى بهذا الدرهم الا ثلاثة أرطال لحم فاشترى ببعض الدرهم لحماً أقل من ثلاثة أرطال و ببقيته غير لحم حنث لان قوله والله لا أشترى بهذا الدرهم يقع على كل شراء بهذا الدرهم ثم استثنى من هذه الجملة شراء بصفة وهو ان يشترى به ثلاثة أرطال ولم يوجد فلم يوجد المستثنى فبقى ماشراه داخلا فى اليمين فيحنث به ومن هذا القبيل ما اذا قال لرجلين والله لا تبيتان الا فى بيت فبات أحدهما فى بيت والآخر فى بيت آخر حنث لانه جعل شرط حنثه بيتوتتهما جميعاً فى غير بيت واحد وقد باتا فى غير بيت واحد لانهما باتا فى بيتين فوجد شرط الحنث فهو الفرق وذكر محمد فى الجامع فى رجل قال ان كنت ضربت هذين الرجلين الا فى دار فلان فعبدى حر وقد ضرب واحدا منهما فى دار فلان وواحدا فى غيرها فانه لا يحنث لانه جعل شرط حنثه ضربهما فى غير دار فلان ولم يوجد ولو قال ان لم أكن ضربت هذين السوطين فى دار فلان فعبدى حر والمسألة بحالها حنث لان شرط الحنث أن يجتمع الشرطان فى دار فلان ولم يجتمعا فيحنث ولو حلف لا يدخل على فلان فدخل عليه بيته فان قصده بالدخول يحنث وان لم يقصده لا يحنث وكذلك اذا دخل عليه بيت غيره وانما اعتبر القصد ليكون داخلا عليه لان الانسان انما يحلف ان لا يدخل على غيره استخفافا به وتركالا كرامه عادة وذا لا يكون الامع القصد وذكر الكرخى عن ابن سماعة فى نوادره خلاف هذا فقال فى رجل قال والله لا أدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً على قوم وفيهم فلان ولم يعلم به الحالف فانه حانث بدخوله فلم يعتبر القصد للدخول على فلان لاستحالة القصد بدون العلم ووجهه انه جعل شرط الحنث الدخول على فلان والعلم بشرط الحنث ليس بشرط فى الحنث كمن حلف لا يكلم زيدا فكلمه وهو لا يعرف أنه زيد وظاهر المذهب ما تقدم ولو علم أنه فيهم فدخل ينوى الدخول على القوم لا عليه لا يحنث فيما بينه و بين الله عز وجل لانه اذا قصد غيره لم يكن داخلا عليه ولا يصدق فى القضاء لان الظاهر دخوله على الجماعة وما فى اعتقاده لا يعرفه القاضى فان دخل عليه فى مسجد أو ظلة أو سقيفة أو دهليز دار لم يحنث لان ذلك يقع على الدخول المعتاد وهو الذى يدخل الناس بعضهم على بعض ولا يكون ذلك الا فى البيوت فان دخل عليه فى فسطاط أو خيمة أو بيت شعر لم يحنث الا أن يكون الحالف من أهل البادية لانهم يسمون ذلك بيتاً والتعويل فى هذا الباب على العرف والعادة وقال ابن سماعة عن محمد اذا حلف لا يدخل على فلان هذه الدار فدخل الدار وفلان فى بيت من الدار لا يحنث وان كان فى صحن الدار يحنث لانه لا يكون داخلا عليه الا اذا شاهده ألا ترى ان السقاء يدخل دار الامير ولا يقال انه دخل على الامير وفى الاول شاهده وفى الثانى لم يشاهده وكذا لو حلف لا يدخل على فلان هذه القرية أنه لا يكون داخلا عليه الا اذا دخل فى بيته وتخصيص القرية يمنع وقوع الحنث بالدخول فى غيرها وقال ابن رستم عن محمد اذا قال والله لا أدخل على فلان ولم يذكر بيتا ولا غيره فدخل عليه فسطاطاً أو دارا حنث وهذا محمول على أن من عادة فلان أن يدخل عليه فى الفساطيط وان دخل عليه فى المسجد أو الكعبة أو الحمام لا يحنث لان المقصود بهذه اليمين الامتناع من الدخول فى المواضع التى يكرم الناس بالدخول عليه فيها وهذا لا يوجد فى الحمام والكعبة والمسجد قال محمد ولو دخل على فلان بيته وهو يريد رجلا غيره يزوره لم يحنث لانه لم يدخل على فلان لما لم يقصده وان لم يكن له نية حنث لانه يكون داخلا على كل من فى الدار فيحنث كمن حلف لا يسلم على رجل فسلم على جماعة وهو فيهم ولا نية له قال بشر سمعت أبا يوسف يقول فيمن قال لامرأته ان دخلت هذه الدار وخرجت منها فانت طالق فاحتملها انسان وهى كارهة فادخلها ثم خرجت من قبل نفسها ثم دخلتها ولم تخرج وقع الطلاق لان الواو لا تقتضى الترتيب لانها للجمع المطلق ولا عادة فى تقدم أحد الشرطين على الآخر فيتعلق الطلاق بوجودهما من غير مراعاة الترتيب وكذلك القيام والقعود والسكوت والكلام والصوم والافطار ونحو ذلك لما قلنا ولو قال لها ان حضت وطهرت فأنت طالق فطهرت من هذا الحيض ثم حاضت لم يقع الطلاق حتى تطهر ولا يقع الطلاق فى هذا الموضع حتى يتقدم الحيض الطهر وكذلك اذا قال لها اذا حبلت وولدت وهى حبلى وكذلك اذا قال اذا زرعت

وحصدت لا بدمن تقدم الزرع الحصاد والحمل الولادة والحيض الطهر لان احد الامرين يتعقب الآخر عادة فلزم مراعاة الترتيب بالعادة ولو قال لامرأته ان تزوجتك وطلقتك فعبدى حر ولا نية له فطلقها واحدة بائنة ثم تزوجها عتق عبده لانها لا تحتمل التزوج للحال لكونها زوجة له وتحتمل الطلاق فيراعى فيه معنى الجمع المطلق لا الترتيب ومتى طلقها وتزوجها فقد جمع بينهما فوجد الشرط.

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على الخروج فالخروج هو الانفصال من الحصن الى العورة على مضادة الدخول فلا يكون المكث بعد الخروج خروجا كما لا يكون المكث بعد الدخول دخولا لانعدام حده وحقيقته ثم الخروج كما يكون من البلدان والدور والمنازل والبيوت يكون من الاخبية والفساطيط والخيم والسفن لوجود حده كالدخول والخروج من الدور المسكونة أن يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما اذا حلف لا يسكن والخروج من البلدان والقرى أن يخرج الحالف ببدنه خاصة وهذا يشهد لقول من قال من أصحابنا ان من حلف لا يسكن فى بلد فخرج بنفسه دون عياله لا يحنث والتعويل فى هذا على العرف فان من خرج من الدار وأهله ومتاعه فيها لا يعد خارجا من الدار ويقال لم يخرج فلان من الدار اذا كان أهله ومتاعه فيها ومن خرج من البلد يعد خارجا من الدار وان كان أهله ومتاعه فيه وقال هشام سمعت أبا يوسف قال اذا قال والله لا أخرج وهو فى بيت من الدار فخرج الى صحن الدار لم يحنث لان الدار والبيت فى حكم بقعة واحدة فالحلف على الخروج المطلق يقتضى الخروج منهما جميعا فما لم يوجد لا يحنث الا أن تكون نيته أن لا يخرج من البيت فاذا خرج الى صحن الدار حنث لانه نوى ما يحتمله لفظه وهو الانفصال من داخل الى خارج وفيه تشديد على نفسه فان قال نويت الخروج الى مكة أو خروجا من البلد فانه لا يصدق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى تخصيص المكان وهو ليس بمذكور وغير المذكور لا يحتمل نية التخصيص وكذلك قال محمد فى الجامع لو قال ان خرجت فعبدى حر وقال عنيت به السفر الى بغداد دون ما سواها لم يدين فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لما قلنا وقال هشام سألت محمدا عن رجل حلف لا يخرج من الرى الى الكوفة فخرج من الرى يريد مكة وطريقه على الكوفة قال محمد ان كان حين خرج من الرى نوى ان يمر بالكوفة فهو حانث وان كان حين خرج من الرى نوى أن لا يمر بها ثم بدا له بعد ما خرج وصار من الرى الى الموضع الذى تقصر فيه الصلاة أن يمر بالكوفة فمر بها لم يحنث لان النية تعتبر حين الخروج وفى الفصل الاول وجدت نية الخروج الى الكوفة لانه لما نوى أن يخرج الى مكة ويمر فقد نوى الخروج الى الكوفة والى غيرها فيحنث وفى الفصل الثانى لم توجد النية وقت الخروج فلا يحنث وان كان نيته أن لا يخرج الى الكوفة خاصة ليست الى غيرها ثم بدا له الحج فخرج ونوى أن يمر بالكوفة قال محمد هذا لا يحنث فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى تخصيص ما فى لفظه وقال ابن سماعة عن أبى يوسف فى رجل قال لامرأته ان خرجت من هذه الدار الا الى المسجد فانت طالق فخرجت تريد المسجد ثم بدا لها فذهبت الى غير المسجد لم تطلق لانه جعل الخروج الى المسجد مستثنى من اليمين ولما خرجت تريد المسجد فقد تحقق الخروج الى المسجد فوجد الخروج المستثنى فبعد ذلك وان قصدت غير المسجد لكن لا يوجد الخروج بل المكث فى الخارج وانه ليس بخروج لعدم حده فلا يحنث وقال عمر بن أسد سألت محمدا عن رجل حلف ليخرجن من البلدة ما الخروج قال اذا جعل البيوت خلف ظهره لان من حصل فى هذه المواضع جاز له القصر ولا يجوز له القصر الا بالخروج من البلد فعلم انه خرج من البلد قال عمر سألت محمدا عن رجل قال لامرأته ان خرجت فى غير حق فانت طالق فخرجت فى جنازة والدها أو أخ لا تطلق وكذلك كل ذى رحم محرم وكذلك خروجها الى العرس أو خروجها فيما يجب عليها لان الحق المذكور فى هذا الموضع لا يراد به الواجب عادة وانما يراد به المباح الذى لا مأثم فيه ولو قال لها ان خرجت من هذه الدار فانت طالق فخرجت منها من الباب أى باب كان ومن أى موضع كان من فوق حائط أو سطح أو نقب حنث لوجود الشرط وهو الخروج من الدار ولو قال ان خرجت من باب هذه الدار فخرجت من أى باب كان من

الباب القديم أو الحادث بعد اليمين حنث لوجود الشرط وهو الخروج من باب الدار ولا يحنث بالخروج من السطح أو فوق الحائط أو النقب لعدم الشرط ولو عين بابا في اليمين يتعين ولا يحنث بالخروج من غيره لان التعيين مقيد في الجملة فيعتبر ولو قال ان خرجت من هذه الدار الا في أمر كذا فهذا وقوله الا باذني واحد وسنذكره ان شاء الله تعالى ولو قال ان خرجت من هذه الدار مع فلان فانت طالق فخرجت وحدها أو مع فلان آخر ثم خرج فلان ولحقها لم يحنث لان كلمة مع للقران فيقتضي مقارنتها في الخروج ولم يوجد لان المكث بعد الخروج ليس بخروج لانعدام حده ولو قال ان خرجت من هذه الدار فانت طالق فصعدت الصحراء الى بيت علو أو كنيف شارع الى الطريق الاعظم لا يحنث لان هذا في العرف لا يسمى خروجا من الدار ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فخرج منها ماشيا أو راكبا أو اخرجه رجل بأمره أو بغير أمره أو أخرج احدى رجليه فالجواب فيه كالجواب في الدخول وقد ذكرناه ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج من بلده يريد مكة حنث لان خروجه من بيته هو انفصال من داخل بلده الى خارجه على نية الحج وقد وجد وقد ذكرنا تفسير خروجه من بلده وهو ان يجعل بيوت بلده خلف ظهره ولو قال لا آتي مكة فخرج اليها لا يحنث ما لم يدخلها لان اتيان الشيء هو الوصول اليه ولو قال لا يذهب الى مكة فلا رواية فيه واختلف المشايخ قال بعضهم هو والخروج سواء وقال بعضهم هو والاتيان سواء ولو قال أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا باذني أو بامري أو برضائي أو بعلمي أو قال ان خرجت من هذه الدار بغير اذني أو أمري أو رضائي أو علمي فهو على كل مرة عندهم جميعا وههنا ثلاث مسائل احداها هذه والثانية أن يقول أنت طالق ان خرجت من هذه الدار حتى آذن لك أو آمر أو أرضى أو أعلم والثالثة أن يقول أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا ان آذن لك أو آمر أو أعلم أو أرضى أما المسئلة الاولى فالجواب ما ذكرنا ان ذلك يقع على الاذن في كل مرة حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير اذن حنث وكذلك لو أذن لها مرة فقبل أن تخرج نهاها عن الخروج ثم خرجت بعد ذلك يحنث وانما كان كذلك لانه جعل كل خروج شرطا لوقوع الطلاق واستثنى خروجا موصوفا بكونه ملتصقا بالاذن لان الباء في قوله الا باذني حرف الصاق هكذا قال أهل اللغة ولا بد من شيئين يلتصقان بآلة الالصاق كما في قولك كتبت بالقلم وضربت بالسيف التصق الضرب بالسيف والكتابة بالقلم وليس ههنا شيء مظهر يلتصق به الاذن فلا بد من ان يضمر كما في قوله بسم الله انه يضمر فيه ابتدئ وفي باب الحلف قوله بالله لا فعلن كذا انه يضمر فيه أقسم لتكون الباء ملصقة للاسم بقوله ابتدئ واسم الله في باب الحلف بقوله أقسم بالله ولا بد لكل مضمر من دليل عليه اما حال واما لفظ مذكور لان الوصول الى ما خفي غير ممكن الا بواسطة الخال ولا حال ههنا يدل على اضمار شيء فاضمرنا ما دل عليه اللفظ المذكور في صدر الكلام وهو قوله ان خرجت وليس ذلك الا الخروج فصار تقدير الكلام ان خرج فلان من هذه الدار خروجا الا خروجا باذني والمصدر الاول في موضع النفي فيعم فيصح استثناء الثاني منه لانه بعض المستثنى منه وهو خروج موصوف بصفة الالتصاق بالاذن فقد نفى كل خروج واستثنى خروجا موصوفا بكونه ملتصقا بالاذن فبقي كل خروج غير موصوف بهذه الصفة تحت المستثنى منه وهو الخروج العام الذي هو شرط وقوع الطلاق فاذا وجد خروج اتصل به الاذن لم يكن شرطا لوقوع الطلاق واذا وجد خروج غير متصل به الاذن كان شرطا لوقوع الطلاق كما اذا قال لها أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا ملتحفة ان كل خروج يوصف بهذه الصفة وهو ان يكون ملتحفة يكون مستثنى من اليمين فلا يحنث به وكل خروج لا يكون بهذه الصفة يبقى تحت عموم اسم الخروج فيحنث به كذا هذا فان أراد بقوله الا باذني مرة واحدة يدين فيما بينه و بين الله تعالى وفي القضاء أيضا في قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى أيضا عنه انه لا يدين في القضاء لانه نوى خلاف الظاهر لان ظاهر هذا الكلام يقتضي تكرار الاذن في كل مرة لما بينا (وجه) ظاهر الرواية ان تكرار الاذن ما ثبت بظاهر اللفظ وانما ثبت باضمار الخروج فاذا نوى مرة واحدة فقد نوى ما يقتضيه ظاهر كلامه

فيصدق ثم فى قوله الا باذنى لو أراد الخروج لا يحنث وتقدر المرأة على الخروج فى كل وقت من غير حنث فالحيلة فيه ان يقول الزوج لها أذنت لك أبدا أو أذنت لك الدهر كله أو كلما شئت الخروج فقد أذنت لك وكذلك لو قال لها أذنت لك عشرة أيام فدخلت مرارا فى العشرة لا يحنث فلو انه أذن لها اذنا عاما ثم نهاها عن الخروج هل يعمل نهيه قال محمد يعمل نهيه و يبطل اذنه حتى انها لو خرجت بعد ذلك بغير اذنه يحنث وقال أبو يوسف لا يعمل فيه نهيه ورجوعه عن الاذن (وجه) قول محمد انه لو أذن لها مرة ثم نهاها صح نهيه حتى لو خرجت بعد النهى يحنث فكذا اذا أذن لها فى كل مرة وجب أن يعمل نهيه و يرتفع الاذن بالنهى (وجه) قول أبى يوسف ان الاذن الموجود على طريق العموم فى الخرجات كلها مما يبطل الشرط لان شرط وقوع الطلاق الخروج الذى ليس بموصوف بكونه ملتصقا بالاذن وهذا لا يتصور بعد الاذن العام لان كل خروج يوجد بعده لا يوجد الا ملتصقا بالاذن فخرج الشرط من ان يكون متصور الوجود ولا بقاء لليمين بدون الشرط كما لا بقاء لها بدون الجزاء لانها تتركب من الشرط والجزاء فلم يبق اليمين فوجد النهى العام ولا يمين فلم يعمل بخلاف الاذن الخاص بمرة واحدة ثم النهى عنها لان هناك بالاذن بالخروج مرة لم ترتفع اليمين فجاء النهى واليمين باقية فصح النهى وأما المسئلة الثانية فجوابها ان ذلك على الاذن مرة واحدة حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير اذن لا يحنث وكذا اذا أذن لها مرة ثم نهاها قبل أن تخرج ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث لان كلمة حتى كلمة غاية وهى بمعنى الى وكلمة الى كلمة انتهاء الغاية فكذا كلمة حتى ألا ترى انه لا فرق بين قوله حتى آذن و بين قوله الى ان آذن ومعنى قوله حتى ان آذن وكلمة ان مضمرة لان حتى لما كانت من عوامل الاسماء وما كان من عوامل الاسماء لا يدخل الافعال البتة فلم يكن بد من اضمار ان لتصير هى بالفعل الذى هو صلتها بمنزلة المصدر تقول أحب أن تقوم أى أحب قيامك فيكون قوله حتى آذن أى حتى اذنى وهو قوله الى اذنى ولهذا ادخلوا كلمة ان بعد الى فقالوا الى ان آذن الا ان هناك اعتادوا الاظهار مع الى وههنا مع حتى اعتادوا الاضمار واذا كان كذلك صار وجود الاذن منه غاية لحظر الخروج والمضروب له الغاية ينتهى عند وجود الغاية فينتهى حظر الخروج ومنعه باليمين عند وجود الاذن مرة واحدة بخلاف الاول فان أراد بقوله حتى آذن فى كل مرة فهو على ما نوى فى قولهم جميعا و يجعل حتى مجازا عن الى لوجود معنى الانتهاء فى الاستثناء على ما بينا وفيه تشديد على نفسه فيصدق (وأما) المسئلة الثالثة فلا يجوز فيها فالجواب فى قوله حتى آذن فى قول العامة وقال الفراء الجواب فيها كالجواب فى قوله الا باذنى وجه قوله ان كلمة الا استثناء فلا بد من تقديم المستثنى منه عليها وتأخير المستثنى عنها وان مع الفعل المستقبل بمنزلة المصدر على ما مر فصار تقدير الكلام ان خرجت من الدار الا خروجا باذنى وهذا ليس بكلام مستقيم فلا بد من ادراج حتى يصح الكلام فندرج الباء و يجعل معناه الا خروجا باذنى واسقاط الباء فى اللفظ مع ثبوتها فى التقدير جائز فى اللغة كما روى عن رؤبة بن العجاج انه قيل له كيف أصبحت فقال خير عافاك الله أى بخير وكذا يحذفون الباء فى القسم فيقولون الله مكان قولهم بالله وانما اختلفوا فى الخفض والنصب واذا كان هذا جائزا أدرجت لضرورة تصحيح الكلام والدليل عليه قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبى الا أن يؤذن لكم أى الا باذن لكم حتى كان محتاجا الى الاذن فى كل مرة فكذا فيما نحن فيه ولنا ان هذا الكلام لما لم يكن بنفسه صحيحا لما قاله الفراء ولا بد من القول بتصحيحه ولكن تصحيحه على التقدير الذى قاله الفراء وأمكن تصحيحه أيضا بجعله الا بمعنى حتى والى لان كلمة الا كلمة استثناء وما وراء كلمة الاستثناء وهو المستثنى منه ينتهى عند كلمة الاستثناء وعند وجود المستثنى فصارت كلمة الاستثناء على هذا التقدير للغاية فاقيم مقام الغاية فصار كانه قال ان خرجت من هذه الدار الى اذنى أو حتى اذنى وهذا أولى مما قاله الفراء لان تصحيح الكلام بجعل كلمة قائمة مقام أخرى أولى من التصحيح بطريق الاضمار لان جعل الكلمة قائمة مقام أخرى وان كان فيه ضرب تغيير لكن التغيير تصرف فى الوصف والاضمار اثبات أصل الكلام والتصرف فى الوصف بالتغيير والتبديل أولى

من

من اثبات الاصل بلاشك فكان هذا أولى على ان فيما قاله اضمار شيئين أحدهما الباء والآخر الجالب للباء وهو قوله الاخر وجاوليس فيما ذهبنا اليه ادراج شيء بل إقامة ما فيه معنى الغاية مقام الغاية ولاشك ان هذا أدون فكان التصحيح به أولى ولهذا كان معنى قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الاأن تقطع قلوبهم أى الى ان تقطع قلوبهم والله عز وجل أعلم أى الى وقت تقطع قلوبهم وهو حالة الموت وفى قوله عز وجل الاأن يؤذن لكم انما احتيج الى الاذن فى كل مرة لا بمقتضى اللفظ بل بدليل آخر وهو أن دخول دار الغير بغير اذنه حرام الا يرى انه قال عز وجل فى آخر قوله تعالى ان ذلكم كان يؤذى النبى ومعنى الاذى موجود فى كل ساعة فشرط الاذن فى كل مرة والله عز وجل أعلم فان قال الا باذن فلان فمات المحلوف على اذنه بطلت اليمين عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هى على حالها وهذا فرع اختلافهم فيمن حلف ليشربن الماء الذى فى هذا الكوز وليس فى الكوز ماء انه لا تنعقد اليمين فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تنعقد بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان تصور وجود المحلوف عليه حقيقة فى المستقبل شرط انعقاد اليمين و بقاؤه متصور الوجود حقيقة شرط بقاء اليمين عندهما وعنده ليس بشرط فان أذن لها بالخروج من حيث لا تسمع فخرجت بغير الاذن يحنث عند أبى حنيفة ومحمد ولا يحنث عند أبى يوسف وجه قوله ان الاذن يتعلق بالاذن لانه كلامه وقد وجد فاما السماع فانما يتعلق بالمأذون فلا يعتبر لوجود الاذن كما لو وقع الاذن بحيث يجوز ان تسمع وهى نائمة لانه كلامه ولان شرط الحنث خروج غير مأذون فيه مطلقا وهذا مأذون فيه من وجه لوجود كلام الاذن فلم يوجد شرط الحنث ولان المقصود من الاذن أن لا تخرج وهو كاره وقد زالت الكراهة بقوله أذنت وان لم تسمع ولهما ان الاذن اعلام قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أى اعلام وقوله أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث ولان هذه اليمين اشتملت على الحظر والاطلاق فان قوله ان خرجت من هذه الدار يجرى مجرى الحظر والمنع وقوله الا باذنى يجرى مجرى الاطلاق وحكم الحظر والاطلاق من الشارع والشرائع لا تثبت بدون البلوغ كذا من الحالف الا ترى انه قيل فى قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا اذا ما اتقوا وآمنوا وعملوا الصالحات انه نزل فى قوم شربوا الخمر بعد نزول تحريم الخمر قبل علمهم به وذكر محمد فى الزيادات أن الوكيل لا يصير وكيلا قبل علمه بالوكالة حتى يقف تصرفه على اجازة الموكل والتوكيل اذن واطلاق ولهما أن الاذن اعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله أى اعلام وقوله أذنت لك بحيث لا تسمع لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا فلم يوجد خروج مأذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنى فيحنث ولان الخروج مذكور فى محل النفى فيعم كل خروج الا الخروج المستثنى وهو الخروج المأذون فيه مطلقا وهو ان يكون مأذونا فيه من كل وجه ولم يوجد فلم يكن هذا خروجا مستثنى فبقى داخلا تحت عموم الخروج فيحنث بخلاف ما اذا ما كانت نائمة فاذن لها بحيث يجوز ان تسمع لان مثل هذا يعد سماعا عرفا وعادة كما اذا أذن لها وهى تسمع الا انها غافلة ومسئلتنا مفروضة فيما اذا اذن لها من حيث لا تسمع عادة ومثل هذا لا يعد سماعا فى العرف فهو الفرق بين الفصلين وقيل ان النائم يسمع لان ذلك بوصول الصوت الى صماخ أذنه والنوم لا يمنع منه وانما يمنع من فهم المسموع فصار كما لو كلمه وهو يقظان لكنه غافل وحكى ابن شجاع انه لا خلاف فى هذه المسئلة انه لا يحنث لانه قد عقد على نفسه بالاذن وقد أذن قال وانما الخلاف بينهم فى الامر وروى نصر بن يحيى عن أبى مطيع عن أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف الا ان أبا سليمان حكى الخلاف فى الاذن والله عز وجل أعلم وقال ابن سماعة عن محمد لو ان رجلا قال لعبده ان خرجت من هذه الدار الا باذنى فأنت حر ثم قال له أطع فلانا فى جميع ما يأمرك به فأمره فلان بالخروج فخرج فالمولى حانث لوجود شرط الحنث وهو الخروج بغير اذن المولى لان المولى لم يأذن له بالخروج وانما أمره بطاعة فلان وكذلك لو قال المولى لرجل إئذن له فى الخروج فاذن له الرجل فخرج لانه لم يأذن له بالخروج وانما أمر فلانا بالاذن وكذلك لو قال له قل يا فلان مولاك قد أذن لك فى

الخروج فقال له نخرج فان المولى حانث لانه لم يأذن له وانما أمر فلانا بالاذن ولو قال المولى لعبده بعد يمينه ما أمرك به فلان فقد أمرتك به فأمره الرجل بالخروج نخرج فالمولى حانث لان مقصود المولى من هذا انه لا يخرج الا برضاه فاذا قال ما أمرك به فلان فقد أمرتك به فهو لا يعلم ان فلانا يأمره بالخروج والرضا بالشئ بدون العلم به لا يتصور فلم يعلم كون هذا الخروج مرضيا به فلم يعلم كونه مستثنى فبقى تحت المستثنى منه ولو قال المولى للرجل قد أذنت له فى الخروج فاخبر الرجل به العبد لم يحنث المولى لان الاذن من المولى قد وجد الا انه لم يبلغ العبد فاذا أخبره به فقد بلغه فلا يحنث ولو قال لامرأته ان خرجت الا باذنى ثم قال لها ان بعت خادمك فقد أذنت لك لم يكن منه هذا اذنا لانه مخاطرة يجوز أن تبيع ويجوز ان لا تبيع فلا يعد ذلك رضا وقال ابن سماعة عن أبى يوسف اذا قال لها ان خرجت الا بأمرى فالامر على ان يأمرها ويسمعها أو يرسل بذلك رسوله اليها فان أشهد قوما انه قد أمرها ثم خرجت فهو حانث فقد فرق أبو يوسف بين الامر وبين الاذن حيث لم يشترط فى الاذن اسماعها وارسال الرسول به وشرط ذلك فى الامر ووجه الفرق له ان حكم الامر لا يتوجه على المأمور بدون العلم به كما فى أمر الشرع والمقصود من الاذن هو الرضا وهو ان لا تخرج مع كراهته وهذا يحصل بنفس الاذن بدون العلم به قال محمد ولو غضبت وتهيأت للخروج فقال دعوها تخرج ولا نية له فلا يكون هذا اذنا الا ان ينوى الاذن لان قوله دعوها ليس باذن نصا بل هو أمر بترك التعرض لها وذلك بان لا تمنع من الخروج أو بتخلية سبيلها فلا يحصل اذنا بدون النية ولو قال لها فى غضبه اخرجى ولا نية له كان على الاذن لانه نص على الامر الا أن ينوى به اخرجى حتى تطلق فيكون تهديدا والامر يحتمل التهديد كما فى أمر الشرع قال الله تعالى اعملوا ما شئتم فاذا نوى التهديد وفيه تشديد عليه تحت نيته ولو قال عبده حر ان دخل هذه الدار الا ان نسى فدخلها ناسيا ثم دخل بعد ذلك ذاكرا لم يحنث وهذا على ماذكرنا من قول العامة فى قوله أنت طالق ان خرجت من هذه الدار الا ان آذن لك أن قوله الا أن لانتهاء الغاية بمنزلة قوله حتى فلما دخلها ناسيا فقد انتهت اليمين فلا يتصور الحنث بدخول هذه الدار بهذه اليمين بحال ولو قال ان دخل هذه الدار الا ناسيا فدخلها ناسيا ثم دخلها ذاكرا حنث لانه عقد يمينه على كل دخول وحظر على نفسه ومنعها منه واستثنى منه دخولا بصفة وهو انه يكون عن نسيان فبقى ماسواه داخلا تحت اليمين فيحنث به قال ابن سماعة عن محمد فى رجل قال عبدى حر ان دخلت هذه الدار دخلة الا ان يأمرنى فلان فأمره فلان مرة واحدة فانه لا يحنث ان دخل هذه الدخلة ولا بعدها وقد سقطت اليمين وهذا على أن الامر واحد لماذكرنا ان الا ان لانتهاء الغاية كحتى فاذا وجد الامر مرة واحدة انحلت اليمين ولو قال ان دخلت هذه الدار دخلة الا ان يأمرنى بها فلان فامره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير أمره فانه يحنث ولا بد ههنا من الامر فى كل مرة لانه وصل الامر بالدخلة بحرف الوصل وهى حرف الباء فلا بد من الامر فى كل دخلة كما لو قال الا بأمر فلان قال هشام عن محمد فى رجل حلف لا تخرج امرأته الا بعلمه فأذن لها أن تخرج فخرجت بعد ذلك وهو لا يعلم فهو جائز لان قوله الا بعلمى أى الا باذنى وقد خرجت فكان خروجا مستثنى فلا يحنث واذا حلف رجل على زوجته أو مولى على عبده أن لا يخرج من داره الا باذنه أو سلطان حلف رجلا أن لا يخرج من كورة الا باذنه ثم بانت المرأة من الزوج أو خرج العبد من ملك المولى أو عزل السلطان عن عمله فكان الخروج بغير اذن من واحد منهم فلا حنث على الحالف وتقع اليمين على الحال التى علك الحالف فيها الاذن فان زالت تلك الحالة سقطت اليمين وانما كان كذلك لان غرض المستحلف من ذلك تنفيذ ولايته وهو ان لا يخرج من له عليه ولاية الا بأمره فيتقيد بحال قيام الولاية فاذا زالت زالت اليمين فان عادت المرأة الى ملك الزوج أو العبد الى ملك المولى أو اعيد السلطان الى ولايته لا تعد اليمين لانها قد سقطت لما بينا فلا تحتمل العود وكذلك الغريم اذا حلف المطلوب ان لا يخرج من بلده الا باذنه فاليمين مقيدة بحال قيام الدين فان قضاه المطلوب أو أبرأ الطالب سقطت اليمين فان عاد عليه ذلك الدين أو غيره لم تعد اليمين لان غرض المستحلف ان لا يخرج لاجل ذلك الدين الذى له عليه وقت الحلف فاذا أسقط ذلك

بطل

بطل اليمين فلا يحتمل العود وعلى هذا قالوا فى عامل استحلف رجلا أن يرفع اليه كل من علم به من فاسق أو ذاعر أو سارق فى محلته ولم يعلم من ذلك حتى عزل العامل عن عمله ثم علم فليس عليه أن يرفعه وقد خرج عن يمينه و بطلت عنه لانها تقيدت بحال عمله بدلالة الغرض لان غرض العامل أن يرفع اليه مادام واليا فاذا زالت ولايته ارتفعت اليمين فان عاد العامل عاملا بعد عزله لم يكن عليه أيضا أن يرفع ذلك اليه لان اليمين قد بطلت فلا تعود سواء عاد عاملا بعد ذلك أو لم يعد ولو كان الحالف علم ببعض ما استحلف عليه فاخر رفع ذلك حتى عزل العامل حنث فى يمينه ولم ينفعه رفع ذلك اليه بعد عزله لان الرفع تقيد بحال قيام الولاية فاذا زالت الولاية فقد فات شرط البر قال محمد فى الزيادات الا ان يعنى أن يرفع اليهم على كل حال فى السلطان وغيره وأدينه فيما بينه و بين الله عز وجل وفى القضاء لانه نوى ظاهر كلامه وهو العموم فيصدق ديانة وقضاء وقال محمد فى الزيادات اذا حلف أن لا تخرج امرأته من هذه الدار ولا عبده فبانت منه أو خرج العبد عن ملكه ثم خرجت حنث ولا يتقيد بحال قيام الزوجية والملك لانعدام دلالة التقييد وهى قوله الا باذنه فيعمل بعموم اللفظ فان عنى به مادامت امرأته يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه عنى ما يحتمله لفظه ولا يدين فى القضاء لانه نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر وكذلك من طولب بحق فحلف أن لا يخرج من دار مطالبه حنث بالخروج زال ذلك الحق أو لم يزل لما قلنا وان أرادت المرأة أن تخرج وقد أخذت فى ذلك أو العبد أو أراد الرجل أن يضرب عبده وقد نهض لذلك فقال أنت طالق ان خرجت أو قال المولى أنت حر ان خرجت أو قال رجل للضارب عبدى حر ان ضربته فكفوا عن ذلك فقد سقطت اليمين حتى لو خرج المحلوف عليه بعد ذلك أو ضرب الرجل عبده لا يحنث الحالف لان غرضه من هذه اليمين المنع من الخروج فى الحال أو الضرب فتقيدت بالحال بدلالة الغرض فتزول اليمين بزوال الحالف فلا يتصور الحنث بالخروج بعد ذلك وهذه من مسائل يمين الفور ونظائرها تأتى ان شاء الله تعالى فى مواضعها

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على الكلام فالمحلوف عليه وهو الكلام قد يكون مؤبدا وقد يكون مطلقا وقد يكون مؤقتا أما المؤبد فهو ان يحلف أن لا يكلم فلانا أبدا فهو على الابد لا شك فيه لانه نص عليه وأما المطلق فهو ان يحلف ان لا يكلم فلانا ولا يذكر الابد وهذا أيضا على الابد حتى لو كلمه فى أى وقت كلمه فى ليل أو نهار وفى أى مكان كان وعلى أى حال حنث لانه منع نفسه من كلام فلان ليبقى الكلام من قبله على العدم ولا يتحقق العدم الا بالامتناع من الكلام فى جميع العمر فان نوى شيأ دون شىء بان نوى يوما أو وقتا أو بلدا أو منزلا لا يدين فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى تخصيص ما ليس بملفوظ فلا يصدق رأسا ولا يحنث حتى يكون منه كلام مستأنف بعد اليمين فينقطع عنها فان كان موصولا لم يحنث بان قال ان كلمتك فأنت طالق فاذهبى أو فقومى فلا يحنث بقوله فاذهبى أو فقومى كذا قال أبو يوسف لانه متصل باليمين وهذا لان قوله لا أكلم أو ان كلمتك يقع على الكلام المقصود باليمين وهو ما يستأنف بعد تمام الكلام الاول وقوله فاذهبى أو فقومى وان كان كلاما حقيقة فليس بمقصود باليمين فلا يحنث به ولانه لما ذكره بحرف العطف دل انه ليس بكلام مبتدأ وكذا اذا قال واذهبى لما قلنا فان أراد به كلاما مستأنفا يصدق لانه كلام حقيقة وفيه تشديد على نفسه وان أراد بقوله فاذهبى الطلاق فانها تطلق بقوله فاذهبى لانه من كنايات الطلاق و يقع عليها تطليقة أخرى باليمين لانه لما نوى به الطلاق فقد صار كلاما مبتدأ فيحنث به وان كان فى الحال التى حلف ما يدل على تخصيص اليمين كانت خاصة بان قال له رجل كلم لى زيدا اليوم فى كذا فيقول والله لا أكلمه يقع هذا على اليوم دون غيره بدلالة الحال وعلى هذا قالوا و قال إئتنى اليوم فقال امرأتى طالق ان أتيتك فهذا على اليوم وكذا اذا قال إئتنى فى منزلى فحلف بالطلاق لا يأتيه فهو على المنزل وهذا اذا لم يطل الكلام بين دلالة التخصيص و بين اليمين فان طال كانت اليمين على الابد فان قال لم لا تلقنى فى المنزل وقد أسأت فى تركك لقائى وقد أتيتك غير مرة فلم ألقك فقال الآخر امرأته طالق ان أتاك فهذا على الابد وعلى كل منزل لان

الكلام كثير فيما بين ابتدائه بذكر المنزل و بين المنزل و بين الحلف فانقطعت اليمين عنه وصارت يمينا مبتدأة فان نوى هذا الاتيان فى المنزل دين فيما بينه و بين الله تعالى ولم يدين فى القضاء لانه يحتمله كلامه لكنه خلاف الظاهر ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه فسها الامام فسبح به الحالف أو فتح عليه بالقراءة لم يحنث لان هذا لا يسمى كلاما فى العرف وان كان كلاما فى الحقيقة ألا ترى ان الكلام العرفى يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها وقد قالوا فيمن حلف لا يتكلم فصلى ان القياس ان يحنث لان التكبير والقراءة كلام حقيقة وفى الاستحسان لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا ألا ترى انهم يقولون فلان لا يتكلم فى صلاته وان كان قد قرأ فيها ولو قرأ القرآن خارج الصلاة يحنث لانه تكلم حقيقة وقيل هذا اذا كان الحالف من العرب فان كان الحالف من العجم أو كان لسانه غير لسان العرب لا يحنث سواء قرأ فى الصلاة أو خارج الصلاة لانه لا يعد متكلما ولو سبح تسبيحة أو كبر أو هلل خارج الصلاة يحنث عندنا وعند الشافعى لا يحنث والصحيح قولنا لانه وجد الكلام حقيقة الا أنا تركنا الحقيقة حالة الصلاة بالعرف ولا عرف خارج الصلاة وقيل هذا فى عرفهم فاما فى عرفنا فلا يحنث خارج الصلاة أيضا لانه لا يسمى كلاما فى الحالين جميعا ولو فتح عليه فى غير الصلاة حنث لانه كلام حقيقة الا انه ترك الحقيقة فى الصلاة للعرف فان كان الامام هو الحالف والمحلوف عليه خلفه فسلم لم يحنث بالتسليمة الاولى وان كان على يمينه ونواه لانه فى الصلاة وسلام الصلاة لا يعد كلاما كتكبيرها والقراءة فيها الا ترى انه لا يفسد الصلاة ولو كان من كلام الناس لكان مفسدا وان كان على يساره فنواه اختلف المشايخ فيه قد قال بعضهم يحنث وقال بعضهم لا يحنث وان كان المقتدى هو الحالف فكذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف بناء على ان المقتدى لا يصير خارجا عن الصلاة بسلام الامام عندهما وعند محمد يحنث لانه خارج عن صلاته بسلام الامام عنده فقد تكلم كلاما خارج الصلاة فيحنث ولو مر الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه فسلم عليهم حنث لانه كلم جماعتهم بالسلام فان نوى القوم دونه لم يحنث فيما بينه و بين الله تعالى لان ذكر الكل على ارادة البعض جائز ولا يدين فى القضاء لانه خلاف الظاهر ولو نبه الحالف المحلوف عليه من النوم حنث وان لم ينتبه لان الصوت يصل الى سمع النائم لكنه لا يفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل ولان مثل هذا يسمى كلاما فى العرف كتكلم الغافل فيحنث ولو دق عليه الباب فقال من هذا أو من أنت حنث لانه كلمه بالاستفهام ولو كان فى مكانين فدعاه أو كلمه فان كان ذلك بحيث يسمع مثله لو أصغى اليه فانه يحنث وان لم يسمعه وان كان فى موضع لا يسمع فى مثله عادة فان أصغى اليه لبعد ما بينهما لم يحنث لان الموضع اذا كان قريبا بحيث يسمع مثله عادة يسمى مكلما اياه لما ذكرناه وان لم يسمع لعارض وليس كذلك اذا كان بعيدا ولانه اذا كان قريبا يحمل على انه وصل الصوت الى سمعه لكنه لم يفهمه فاشبه الغافل واذا كان بعيدا لا يصل اليه رأسا وقالوا فيمن حلف لا يكلم انسانا فكلم غيره وهو يقصد أن يسمعه لم يحنث لان مثل هذا لا يسمى مكلما اياه اذا لم يقصده بالكلام ولو حلف لا يكلم امرأته فدخل داره وليس فيها غيرها فقال من وضع هذا أو أين هذا حنث لانه كلمها حيث استفهم وليس هناك غيرها لئلا يكون لاغيا فان كان فى الدار غيرها لم يحنث لجواز انه استفهم غيرها فان قال ليت شعرى من وضع هذا لم يحنث لانه لم يكلمها وانما كلم نفسه ولو حلف لا يكلم فلانا فكتب اليه كتابا فانتهى الكتاب اليه أو أرسل اليه رسولا فبلغ الرسالة اليه لا يحنث لان الكتابة لا تسمى كلاما وكذا الرسالة ( وأما ) الموقت فنوعان معين ومبهم ( أما ) المعين فنحو ان يحلف الرجل بالليل لا يكلم فلانا يوما فيحنث بكلامه من حين حلف الى أن تغيب الشمس من الغد فيدخل فى يمينه بقية الليل حتى لو كلمه فيما بقى من الليل أو فى الغد يحنث لان قوله لا أكلم فلانا يقع على الابد و يقتضى منع نفسه عن كلام فلان أبدا ولولا قوله يوما فكان قوله يوما لاخراج ما وراءه عن اليمين فيبقى زمان ما بعد اليمين بلا فصل داخلا تحتها فيدخل فيها بقية تلك الليلة وكذلك لو حلف بالنهار لا يكلمه ليلة انه يحنث بكلامه من حين حلف الى طلوع الفجر لما قلنا ولو حلف فى بعض النهار لا يكلمه يوما فاليمين على بقية اليوم والليلة المستقبلة الى مثل تلك الساعة التى حلف فيها من

الغد لانه حلف على يوم منكر فلا بد من استيفائه ولا يمكن استيفاؤه الا باتمامه من اليوم الثانى فيدخل الليل من طريق التبع وكذلك اذا حلف ليلا لا يكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة الى ان يجيء مثلها من الليلة المقبلة ويدخل النهار الذى بينهما فى ذلك لانه حلف على ليلة منكرة فلا بد من الاستيفاء منها وذلك فيما قلنا فان قال فى بعض اليوم والله لا أكلمك اليوم فاليمين على باقى اليوم فاذا غربت الشمس سقطت اليمين وكذلك اذا قال بالليل والله لا أكلمك الليلة فاذا طلع الفجر سقطت لانه حلف على زمان معين لانه أدخل لام التعريف على اليوم والليلة فلا يتناول غير المعرف بخلاف قوله يوما لانه ذكر اليوم منكرا فلا بد من استيفائه وذلك من اليوم الثانى ولو حلف لا يكلمه شهرا يقع على ثلاثين يوما ولو قال الشهر يقع على بقية الشهر ولو حلف لا يكلمه السنة يقع على بقية السنة ولو قال والله لا أكلمك اليوم ولا غدا فاليمين على بقية اليوم وعلى غد ولا تدخل الليلة التى بينهما فى اليمين روى ذلك ابن سماعة عن أبى يوسف ومحمد لانه أفرد كل واحد من الوقتين بحرف النفى فيصير كل واحد منهما منفيا على الانفراد أصله قوله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج فلا تدخل الليلة المتخللة بين الوقتين ولو قال والله لا أكلمك اليوم وغدا دخلت الليلة التى بين اليوم والغد فى يمينه لان ههنا جمع بين الوقت الثانى وبين الاول بحرف الجمع وهو الواو فصار وقتا واحدا فدخلت الليلة المتخللة وروى بشر عن أبى يوسف ان الليلة لا تدخل لانه عقد اليمين على النهار ولا ضرورة توجب ادخال الليل فلا يدخل ولو حلف لا يكلمه يومين تدخل فيه الليلة سواء كان قبل طلوع الفجر أو بعده وكذلك الجواب فى الليل ولو قال والله لا أكلمك يوما ولا يومين فهو مثل قوله والله لا أكلمك ثلاثة أيام فى قول أبى حنيفة ومحمد حتى لو كلمه فى اليوم الاول أو الثانى أو الثالث يحنث وكذلك روى بشر عن أبى يوسف هكذا ذكر الكرخى فى مختصره وذكر محمد فى الجامع انه على يومين حتى لو كلمه فى اليوم الاول أو الثانى يحنث وان كلمه فى اليوم الثالث لا يحنث وجه ما ذكره الكرخى ظاهر لانه عطف اليومين على اليوم والمعطوف غير المعطوف عليه فاقتضى يومين آخرين غير الاول فصار كانه قال والله لا أكلم فلانا يوما ويومين أو قال ثلاثة أيام وجه ما ذكره محمد فى الجامع ان كل واحد منهما يمين مفردة لانفراد كل واحد منهما بكلمة النفى والواو للجمع بين اليمينين وصار تقديره أكلم فلانا يوما ولا أكلمه يومين لئلا تلغو كلمة النفى فصار لكل يمين مدة على حدة فصار على اليوم الاول يمينان وعلى اليوم الثانى يمين واحد بخلاف ما اذا قال والله لا أكلم فلانا يوما ويومين فكلمه فى اليوم الثالث انه يحنث لانه لما لم يعد كلمة النفى فلم يوجد ما يدل على انه اراد نفى الكلام فى كل مرة على حدة ليكون يمينين فبقى يمينا واحدة والواو للجمع بين المدتين كما لو جمع بين المدتين بكلمة الجمع فقال والله لا أكلم فلانا ثلاثة أيام والدليل على التفرقة بينهما انه لو قال والله لا أكلم زيدا ولا عمرا فكلم أحدهما يحنث ولو قال والله لا أكلم زيدا وعمرا فما لم يكلمهما لا يحنث وقال بشر عن أبى يوسف لو قال والله لا أدخل الدار يوما ويوما فهو مثل حلفه على يومين قال أبو يوسف ولا يشبه هذا قوله ولا أدخلها اليوم وغدا لان قوله يوما ويوما عطف زمان منكر على زمان منكر فصار كقوله يومين فيدخل الليل وقوله اليوم وغدا عطف زمان معين على زمان معين ولا ضرورة الى ادخال الليل فيه فلا يدخل ولو قال والله لا أكلم زيدا يوما والله لا أكلمه يومين والله لا أكلمه ثلاثة أيام فاليوم الاول من حين فرغ من اليمين الثالثة عليه ثلاثة أيام واليوم الثانى عليه يمينان الثانية والثالثة واليوم الثالث عليه يمين واحدة وهى الثالثة لان كل يمين ذكرها تختص بما يعقبها فانعقدت اليمين الاولى على الكلام فى يوم عقيب اليمين والثانية فى يومين عقيب اليمين والثالثة فى ثلاثة أيام عقيب اليمين فانعقدت على الكلام فى اليوم الاول ثلاثة أيمان وعلى الثانى يمينان وعلى الثالث واحدة ونظير هذه المسائل ما روى داود بن رشيد عن محمد فيمن قال والله لا أكلمك اليوم سنة أو لا أكلمك اليوم شهرا فعليه أن يدع كلامه فى ذلك اليوم شهرا أو فى ذلك اليوم سنة حتى يكمل كلما دار ذلك اليوم فى ذلك الشهر أو فى تلك السنة لان اليوم الواحد يستحيل أن يكون شهرا أو سنة فلم يكن ذلك مراد الحالف فكان مراده أن لا يكلمه فى مثله شهرا أو سنة فان قال لا أكلمك اليوم عشرة أيام وهو فى يوم السبت فهذا على سبتين

لان اليوم لا يكون عشرة أيام فلم يكن ذلك مرادا فيقع على عشرة أيام لانه لا يدور فى عشرة أيام أكثر من سبت واحد وكذلك لو قال والله لا أكلمك السبت مرتين كان على سبتين لان السبت لا يكون يومين فكان المراد منه مرتين وكذلك لو قال لا أكلمك يوم السبت ثلاثة أيام كان كلها يوم السبت لما بينا ولو قال لا أكلمك يوما ما أو لا أكلمك يوم السبت يوما فله أن يجعله أى يوم شاء لانه عقد يمينه على يوم شائع فى أيام فكان التعيين اليه ولو قال ابن سماعة عن محمد فيمن قال لا أكلمك يوما بين يومين ولا نية له قال فكل يوم بين يومين وهو عندى بمنزلة قوله لا أكلمك يوما فيكون على يوم من ساعة حلف والله عز وجل أعلم (وأما) المبهم فنحو ان يحلف ان لا يكلم فلانا زمنا أو حينا أو الزمان أو الحين فان لم يكن له نية يقع على ستة أشهر لان الحين يذكر ويراد به الوقت القصير قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون قيل حين تمسون صلاة المغرب والعشاء وحين تصبحون صلاة الفجر ويذكر ويراد به الوقت الطويل قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر قيل المراد منه أربعون سنة ويذكر ويراد به الوسط قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها قيل أى ستة أشهر من وقت طلوعها الى وقت ادراكها كما قال ابن عباس رضى الله عنهما هى النخلة ثم عند الاطلاق لا يحمل على الوقت القصير لان اليمين تعقد للمنع ولا حاجة الى اليمين للمنع فى مثل هذه المدة لانه يمتنع بدون اليمين ولا يحمل على الطويل لانه لا يراد ذلك عادة ومن أراد ذلك بلفظة الابد فتعين الوسط وكذا روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه حمله على ذلك ولان كل واحد من الطرفين فى غاية البعد عن صاحبه والوسط قريب منهما فيحمل عليه واذا ثبت هذا فى الحين ثبت فى الزمان لكونهما من الاسماء المترادفة وعن ثعلب ان الزمان فى كلام العرب ستة أشهر وان نوى الحالف شيأ مما ذكرنا فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولفظه لما بينا ومنهم من قال يصدق فى الوقت اليسير فى الحين ولا يصدق فى الزمان لانه قد ثبت استعمال اللفظ فى اليسير فى الحين كما فى قوله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون ولم يثبت فى الزمان وذكر الكرخى فى الجامع عن أبى حنيفة انه يدين فى الزمان والحين فى كل ما نوى من قليل أو كثير وهو الصحيح وروى عن أبى يوسف أنه لا يدين فيما دون ستة أشهر فى القضاء ولو قال لا أكلمه دهرا أو الدهر فقال أبو حنيفة ان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم تكن له نية فلا أدرى ما الدهر وقال أبو يوسف ومحمد اذا قال دهرا فهو ستة أشهر واذا قال الدهر فهو على الابد ومن مشايخنا من قال لا خلاف فى الدهر المعروف انه الابد وانما توقف أبو حنيفة رضى الله عنه فى الدهر المنكر فانه قال اذا قال دهرا لا أدرى ما هو وذكر فى الجامع الكبير أن قوله الدهر ينصرف الى جميع العمر ولم يذكر فيه الخلاف وقوله دهرا لا يدرى تفسيره وفى الجامع الصغير أشار الى التوقف فى الدهر المعرف أيضا فانه قال والدهر لا أدرى ما هو وروى بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة فى قوله دهرا والدهر انهما سواء فهما جعلا قوله دهرا كالحين والزمان لانه يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رأيتك من دهر وما رأيتك من حين على السواء فاذا أدخل عليه الالف واللام صار عبارة عن جميع الزمان وروى عن أبى يوسف أن قوله الدهر يقع على ستة أشهر لكنه خلاف ظاهر الرواية عنهما وأبو حنيفة كانه رأى الاستعمال مختلفا فلم يعرف مراد المتكلم عند اطلاق الاسم فتوقف وقال لا أدرى أى لا أدرى بماذا يقدر اذ لا نص فيه عن أحد من أرباب اللسان بخلاف الحين والزمان فان فيهما نصا عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه فسر قوله تعالى تؤتى أكلها كل حين باذن ربها بستة أشهر والزمان والحين ينبآن عن معنى واحد وهذا على قول من قال من مشايخنا انه توقف فى المنكر لا فى المعرف أو لم يعرف حقيقة معناه لغة فتوقف فيه والتوقف فيما لا يعرف لعدم دليل المعرفة ولتعارض الادلة وانعدام ترجيح البعض على البعض امارة كمال العلم وتمام الورع فقد روى أن ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن شئ فقال لا أدرى وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن أفضل البقاع فقال لا أدرى فلما نزل جبريل عليه الصلاة والسلام سأله فعرج الى السماء ثم هبط فقال سألت ربى عز وجل عن أفضل البقاع فقال المساجد وأفضل أهلها من جاءها أولا وانصرف آخرا وشر أهلها من جاءها آخرا

وانصرف أولا ولو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق ولا نية له فكلمه ليلا أو نهارا يحنث وكذا اذا قال يوم أدخل هذه الدار لان اليوم اذا قرن بفعل غير ممتد يراد به مطلق الوقت فى متعارف أهل اللسان قال الله عز وجل ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله الآية ومن ولى دبره بالليل يلحقه الوعيد كما لو ولى بالنهار فان نوى به الليل خاصة دين فى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه وروى عن أبى يوسف انه لا يدين لان اللفظ جعل عبارة عن مطلق الوقت فى عرف الاستعمال فلا يصدق فى الصرف عنه وان قال ليلة أكلم فلانا أو ليلة يقدم فلان فأنت طالق فكلمه نهارا أو قدم نهارا لا تطلق لان الليلة فى اللغة اسم لسواد الليل يقال لليلة المظلمة ليلة ليلاء وليل أليل ولا عرف ههنا يصرف اللفظ عن مقتضاه لغة حتى لو ذكر الليالى حملت على الوقت المطلق لانهم تعارفوا استعمالها فى الوقت المطلق معروف ذلك فى أشعارهم كما قالوا * ليالى لاقتنا جذام وحميرا * ولو قال لامرأته يوم يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان ليلا لا يكون لها من الامر شئ لان ذكر اليوم فى حال ذكر الامر يراد به الوقت المعين لان ذكر الامر يقتضى الوقت لا محالة وهو المجلس لان الصحابة رضى الله عنهم جعلوا للمخيرة الخيار ما دامت فى مجلسها فقد وقتوا للامر وقتا فاذا كان كذلك استغنى عن الوقت فيقع ذكر اليوم على بياض النهار فاذا قدم نهارا صار الامر بيدها علمت أو لم تعلم ويبطل بمضى الوقت لان هذا أمر موقت فيبطل بمضى الوقت والعلم ليس بشرط كما اذا قال أمرك بيدك اليوم فمضى اليوم أنه يخرج الامر من يدها وأما فى الامر المطلق فيقتصر على مجلس علمها ولو قال ليلة يقدم فلان فأمرك بيدك فقدم نهارا لم يثبت لها ذلك الامر لما ذكرنا أن الليلة عبارة عن سواد الليل وذكر فى الجامع اذا قال والله لا أكلمك الجمعة فله أن يكلمه فى غير يوم الجمعة لان الجمعة اسم ليوم مخصوص فصار كما لو قال لا أكلمك يوم الجمعة وكذلك لو قال جمعا له أن يكلمه فى غير يوم الجمعة لان الجمع جمع جمعة وهى يوم الجمعة فلا يتناول غيره بخلاف ما اذا قال لا أكلمه أياما أنه يدخل فيه الليالى لانا انما عرفنا ذلك بعرف الاستعمال قال الله تعالى فى قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الا رمزا وقال تعالى فى موضع آخر ثلاث ليال سويا والقصة واحدة ومثل هذا الاستعمال لم يوجد فى مثل قوله جمعا ثم اذا قال والله لا أكلمك جمعا فهو على ثلاث جمع لان أقل الجمع الصحيح ثلاثة عندنا فيحمل عليه لكونه متيقنا واذا قال الجمع فهو على عشر جمع فى قول أبى حنيفة وكذلك الايام والازمنة والاحايين والشهور والسنين أن ذلك يقع على عشرة أيام وعشرة أحايين أو أزمنة وعشرة أشهر وعشرة سنين وقال أبو يوسف ومحمد فى الجمع والسنين انه يقع على الابد وكذا فى الاحايين والازمنة وفى الايام على سبعة وفى الشهور على اثنى عشر والاصل عندهما فيما دخل عليه حرف التعريف وهو اللام من أسماء الجمع ان ينظر ان كان هناك معهود ينصرف اليه كالسبعة فى الايام والاثنى عشر فى الشهور وان لم يكن هناك معهود ينصرف الى جميع الجنس فيستغرق العمر كالسنين والاحايين والازمنة والاصل عند أبى حنيفة أنه ينصرف ذلك الى أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد وذلك عشرة (وجه) قولهما أن اللفظ المعرف اذا لم يصرف الى الجنس فاما ان يصرف الى المعهود واما أن يصرف الى بعض الجنس والصرف الى المعهود أولى لانه لا يحتاج فيه الى الادراج وفى الصرف الى البعض يحتاج الى ادراج لفظة البعض فكان الصرف الى المعهود أولى والمعهود فى الايام السبعة التى يتركب منها الشهر وهى من السبت الى الجمعة وفى الشهور الاثنى عشر التى تركب منها السنة واذا لم يكن هناك معهود فالصرف الى الجنس أولى فيصرف اليه ولابى حنيفة استعمال أرباب أهل اللغة وأهل اللسان فى الجموع فان أقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد هو العشرة ويقال ثلاثة رجال وأربعة رجال وعشرة رجال ثم اذا جاوز العشرة يقال احد عشر رجلا وعشرون رجلا ومائة رجل وألف رجل ولان لفظ الجمع يطلق على كل قدر من هذه الاقدار التى ذكرنا الى العشرة فى حالة الابهام والتعيين جميعا ويطلق على ما وراءها من الاقدار فى حالة الابهام ولا يطلق فى حالة التعيين والاسم متى كان ثابتا للشئ فى حالين كان أثبت مما هو اسم له فى حال دون حال بل يكون نازلا من الاول منزلة المجاز من الحقيقة فكان الصرف الى ما هو اسم له فى

الحالين أولى فلهذا اقتصر على العشرة ولو حلف لا يكلمه أياما فقد ذكر فى الاصل أنه على عشرة أيام فى قول أبى حنيفة وسواء بينه و بين الامام وذكر فى الجامع أنه على ثلاثة أيام ولم يذكر فيها الخلاف وهو الصحيح لانه ذكر لفظ الجمع منكرا فيقع على أدنى الجمع الصحيح وهو ثلاثة عندنا ولو قال لا أكلمك سنين فهو على ثلاث سنين فى قولهم جميعا لما ذكرنا فى الايام ولو حلف لا يكلمه العمر فهو على جميع العمر اذا لم تكن له نية ولو قال عمرا فعن أبى يوسف روايتان فى رواية يقع على يوم وفى رواية يقع على ستة أشهر كالحين وهو الاظهر ولو حلف لا يكلمه حقبا فهو على ثمانين سنة لانه اسم له ولو حلف لا يكلمه أياما كثيرة فهو على عشرة أيام فى قياس قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف مثله لانه أدخل الكثرة على اسم الجمع فصار كما لو ذكر بلام الجنس وذكر فى الجامع الصغير أن على قول أبى يوسف ومحمد يقع على سبعة أيام ولو قال لا أكلمك كذا وكذا يوما فهو على أحد وعشرين لانه أقل عدد يعطف على عدد بحرف العطف ولو قال كذا كذا يوما فهو على أحد عشر يوما ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على ثلاثة عشر يوما لان البضع من ثلاثة الى تسعة فيحمل على أقلها ولو حلف لا يكلمه الى بعيد يقع على شهر فصاعدا ولو حلف لا يكلمه الى قريب ولا نية له فهو على أقل من شهر ولو حلف لا يكلمه عاجلا ولا نية له فهو على أقل من شهر لان الشهر فى حكم الكثير لانه يجعل أجلا فى الديون فكان بعيدا وآجلا ومادونه عاجلا ولو حلف لا يكلمه مليا يقع على شهر كالبعيد سواء الا أن يعنى به غيره وذكر الكرخى اذا قال والله لاهجرنك مليا فهو على شهر وأكثر فان نوى أقل من ذلك لم يدين فى القضاء لانه جاء فى تأويل قوله واهجرنى مليا أى طويلا وهذا يقتضى مازاد على الشهر ولو حلف أن لا يكلمه الشتاء فاول ذلك اذا لبس الناس الحشو والفراء وآخر ذلك اذا ألقوها على البلد الذى حلف فيه والصيف على ضده وهو من حين القاء الحشو الى لبسه والربيع آخر الشتاء ومستقبل الصيف الى أن ييبس العشب والخريف فصل بين الشتاء والصيف والمرجع فى ذلك كله الى اللغة وقال خلف بن أيوب سألت محمدا عن رجل حلف لا يكلم رجلا الى الموسم قال يكلمه اذا أصبح يوم النحر لانه أول الموسم وقال أبو يوسف يكلمه اذا زالت الشمس يوم عرفة لانه وقت الركن الاصلى وهو الوقوف بعرفة وقال عمر وعن محمد غرة الشهر و رأس الشهر أول ليلة و يومها وأول الشهر الى مادون النصف وآخره الى مضى خمسة عشر يوما وقد روى عن أبى يوسف فيمن قال لله على أن أصوم أول يوم من آخر الشهر وآخر يوم من أول الشهر فعليه صوم اليوم الخامس عشر والسادس عشر لان الخامس عشر آخر أوله والسادس عشر أول آخره اذا قال والله لا كلمنك أحد يومين أولا خرجن أحد يومين أو قال اليومين أو قال أحد أيامى فهذا كله على أقل من عشرة أيام ان كلمه قبل العشرة أو خرج قبل العشرة لم يحنث و يدخل فى ذلك الليل والنهار لان مثل هذا لا يراد به يومان باعيانهما وانما يذكر على طريق التقريب على طريق العشرة ومادونها فى حكم الزمان الحاضر فان قال احد يومى هذين فهذا على يومه ذلك والغد لانه أشار الى اليومين والاشارة تقع على المعين ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا هذه السنة الا يوما فان جمع كلامهما فى يوم له استثناه لا يحنث لان اليوم الذى يكلمهما فيه مستثنى من اليمين فان كلم أحدهما فى يوم والآخر فى يوم حنث لان المستثنى يوم يكلمهما جميعا فيه ولو يوجد فقد كلمهما فى غير اليوم المستثنى فيحنث فان كلم أحدهما ثم كلمهما جميعا فى يوم لم يحنث لان اليوم الذى كلمهما فيه مستثنى وشرط الحنث فى غيره كلامهما لا كلام أحدهما وان كلمهما فى يوم آخر لم يحنث لان الاستثناء وقع على يوم منكر يكلمهما فيه فكانه قال الا يوما أكلمهما فيه ولو استثنى يوما معروفا فكلم أحدهما فيه والآخر فى الغد لم يحنث لان شرط الحنث فى غير اليوم المستثنى كلامهما ولم يوجد فلم يوجد الشرط بل بعضه وقال محمد اذا قال لا أكلمهما الا يوما لم يحنث بكلامهما فى يوم واحد وان كلمهما فى يوم آخر حنث لانه لم يستثن الا يوما واحدا وقد وجد فصارت اليمين بعده مطلقة و روى هشام عن محمد اذا قال لا أكلمك شهرا الا يوما أو قال غير يوم أنه على مانوى وان لم تكن له نية فله أن يتحرى أى يوم شاء لانه استثنى يوما منكرا وكل يوم من الشهر يصلح للاستثناء فان قال نقصان يوم فهذا على تسعة

وعشرين يوما لان نقصان الشهر يكون من آخره والله عز وجل أعلم ولو حلف لا يكلم فلانا أو فلانا فكلم أحدهما
حنث لان كلمة أو اذا ذكرت عقيب كلمة النفى أوجبت انتفاء كل واحد من المذكورين على الانفراد قال الله تعالى
ولا تطع منهم آثما أو كفورا أى ولا كفورا وكذلك لو قال ولا فلانا لان كلمة النفى اذا أعيدت تناولت كل واحد
من المذكورين على حياله قال الله تعالى فلا رفث ولا فسوق ولا جدال فى الحج ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا لم يحنث
حتى يكلمهما لان حرف الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكانه حلف لا يكلمهما فقد علق الجزاء
بشرطين فلا ينزل عند وجود أحدهما دون الآخر ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا أو فلانا فان كلم أحد الاولين
لا يحنث ما لم يكلمهما وان كلم الثالث حنث لانه جعل شرط الحنث كلام الاولين جميعاً أو كلام الثالث فأى ذلك وجد
حنث ولو قال لا أكلم هذا أو هذا وهذا فان كلم الاول حنث وان كلم أحد الآخرين لم يحنث لانه جعل شرط
الحنث كلام الاول أولا ثم الآخرين فيراعى شرطه ولو حلف لا يكلم الناس أو لا يكلم بنى آدم فكلم واحدا منهم
يحنث لانه لا يمكن حمله على الجنس والعموم لان الحالف انما يمنع نفسه عما فى وسعه وليس فى وسعه تكليم الناس
كلهم فلم يكن ذلك مراده والى هذا أشار محمد فى الجامع فقال ألا ترى أنه لا يقدر ان يكلم بنى آدم كلهم وليس ههنا معهود
يصرف اللفظ اليه فتعين الصرف الى بعض الجنس ويضمر فيه لفظة البعض وأن عنى به الكل لا يحنث أبدا ويكون
مصدقا فيما بينه و بين الله عز وجل وفى القضاء أيضاً لانه نوى حقيقة كلامه وهى الجنس وروى عن أبى يوسف
انه لا يدين فى القضاء لانه لا يراد الجنس بهذا الكلام فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وعلى هذا اذا حلف
لا يتزوج النساء أو لا يشترى العبيد ولو حلف لا يبتدئ فلانا بكلامه أبدا فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه
معاً لم يحنث الحالف لعدم شرط الحنث وهو ابتداؤه فلانا بالكلام لان ذلك بتكليمه قبل تكليم صاحبه ولم يوجد
وكذلك لو قال ان كلمتك قبل أن تكلمنى فانه لما خرج كلاماهما معا فلم يكلم الحالف قبل تكليمه فلم يوجد شرط
الحنث ولو قال ان كلمتك حتى تكلمنى فتكلما معاً لم يحنث فى قول أبى يوسف وقال محمد يحنث وجه قوله أن الحالف
بقوله ان كلمتك منع نفسه عن تكليمه مطلقا وجعل تكليم صاحبه اياه غاية لانحلال اليمين فاذا كلمه قبل وجود الغاية
حنث ولابى يوسف أن غرض الحالف من هذا الكلام أن يمنع نفسه عن تكليم المحلوف عليه قبل كلامه ولم يوجد
ذلك فصار كانه قال ان بدأتك وعلى هذا الخلاف اذا قال لا أكلمك الا أن تكلمنى لان كلمة الا أن اذا دخلت على
ما يتوقت كانت بمعنى حتى قال الله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم وكذلك لو حلف
لا يدخل هذه الدار حتى يدخلها فلان وحلف الآخر على مثل ذلك فدخلا جميعاً لم يحنث عند أبى يوسف ويحنث
عند محمد والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الاظهار والافشاء والاعلان والكتمان والاسرار والاخفاء والاخبار والبشارة
والقراءة ونحوها اذا حلف لا أظهر سرك لفلان أو لا أفشى أو حلف ليكتمن سره أو ليسترنه أو ليخفينه فكلم فلانا
بسره أو كتب اليه فبلغه الكتاب، أو أرسل اليه رسولا فبلغه الرسالة أو سأله فلان عن ذلك وقال أكان من الامر كذا
فأشار الحالف برأسه أى نعم فهو حانث لوجود شرط الحنث وهو اظهار السر اذ الاظهار اثبات الظهور وذلك لا يقف
على العبارة بل يحصل بالدلالة والاشارة ألا ترى أنه يقال ظهر لى اعتقاد فلان اذا فعل ما يدل على اعتقاده وكذا
الاشارة بالرأس عقيب السؤال يثبت به ظهور المشار اليه فكان اظهاراً فان نوى به الكلام أو الكتاب دون الايماء
دين فى ذلك لانه نوى تخصيص ما فى لفظه فيدين فيما بينه و بين الله عز وجل وكذلك لو حلف لا يعلم فلانا بمكان
فلان فسأله المحلوف عليه أفلان فى موضع كذا وكذا فأومأ برأسه أى نعم يحنث لوجود شرط الحنث وهو الاعلام
اذ هو اثبات العلم الذى يحد بأنه صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هى به فان نوى به الاخبار بالكلام أو بالكتاب
يدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى تخصيص العموم وانه جائز وان كان خلاف الظاهر فيصدق فيما بينه و بين الله

تعالى ولا يصدق فى القضاء لمخالفته الظاهر ولو كان مكان الاعلام اخبار بان حلف لا يخبر فلانا بمكان فلان لا يحنث
الا بالكلام أو بالكتاب أو بالرسالة ولو أومأ برأسه لا يحنث وكذا لو ذهب به حتى أوقفه على رأس فلان لا يحنث
لان شرط الحنث هو الاخبار والاشارة ليست بخبر وكذا الايقاف على رأسه اذ الخبر من أقسام الكلام ألا ترى
أنهم قالوا أقسام الكلام أربعة أمر ونهى وخبر واستخبار و يحد بانه كلام عرى عن معنى التكليف والاشارة
ليست بكلام فلم تكن خبرا والايقاف على رأسه من باب الاعلام لا من باب الخبر وكل خبر اعلام وليس كل اعلام خبرا
والدليل عليه أن الكتاب اذا قرئ على انسان وقيل له أهو كما كتب فيه فاشار برأسه أى نعم لا يصير مقرا وكل
اقرار اخبار وكذا لو حلف لا يقر لفلان بمال فقيل له القلان عليك ألف درهم فأشار برأسه أى نعم لا يكون ذلك منه
اقرارا وكذا اذا قرأ على انسان كتاب الاخبار فقيل له أهو كما قرأت عليك فأومأ برأسه أى نعم لا يصير مقرا وكل
اقرار اخبار وكذا اذا قرأ على انسان كتاب الاخبار فقيل له أهو كما قرأت عليك فأومأ برأسه أى نعم ليس له أن
يروى عنه بحدثنا ولا بأخبرنا فدل أن الايماء ليس باخبار ولو نوى بالاخبار الاظهار أو الاعلام يحنث اذا أومأ لانه
جعله مجازا عن الاظهار لمناسبة بينهما وفيه تشديد على نفسه فيصدق ثم فى يمين الاظهار والاعلام لو أراد الحالف
أن لا يحنث و يحصل العلم والظهور ينبغى أن يقال له انا نعد عليك أمكنة أو أشياء من الاسرار فان لم تتكلم بمكان فلان
ولا سره فقل لنا ليس كما تقولون وان تكلمنا بسره أو بمكانه فاسكت ففعل ذلك لا يحنث لانعدام شرط الحنث وهو
الاظهار والاعلام لما ذكرنا ان الاظهار هو اثبات الظهور والاعلام هو اثبات العلم ولم يوجد لان الظهور والعلم
حصل من غير صنعه وهذه الحيلة منقولة عن أبى حنيفة والقصة مشهورة وكذلك لو حلف لا يدلهم ففعل مثل ذلك
فهذا ليس بدلالة لان الحالف حلف على فعل نفسه وهو الدلالة لا على فعلهم وهو الاستدلال والموجود ههنا فعلهم لا
فعله فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث ولو أومأ اليهم برأسه أو أشار اليهم كان ذلك دلالة الا أن يعنى بالدلالة الخبر
باللسان أو بالكتاب فيكون على ماعنى لان اسم الدلالة يقع على الفعل والقول لوجود معناها فيهما فاذا نوى به أحدهما
فقد نوى تخصيص ما فى لفظه فيصدق والبشارة حكمها حكم الخبر فى أنها لا تتناول الا الكلام أو الكتاب لانها خبر
الا أنها خبر موصوف بصفة وهو الخبر الذى يؤثر فى بشرة وجه المخبر له باظهار أثر السرور وقد يستعمل فيما يؤثر فى بشرته
باظهار أثر الحزن مجازا كما فى قوله عز وجل فبشرهم بعذاب اليم لكن عند الاطلاق يقع على الاول وانما يقع على الثانى
بالقرينة وكذا الاقرار بأن حلف ان لا يقر لفلان بحقه فهو على مثل الخبر ولا يحنث بالاشارة لان الاقرار اخبار عن
الماضى ثم يقع الفرق بين البشارة والاعلام و بين الاخبار من حيث ان الاعلام والبشارة يشترط لثبوتهما الصدق
فلا يثبتان بالكذب ولا بما علمه المخاطب قبل الاعلام والبشارة سواء وصل ذلك بحرف الباء أو بكلمة ان حتى انه
لو قال لغيره ان أعلمتنى ان فلانا قدم أو قال ان اعلمتنى بقدوم فلان فاخبره كاذبا لا يحنث لان الاعلام اثبات العلم
والكذب لا يفيد العلم وكذا لو كان المخاطب عالما بقدومه لان اثبات الثابت محال وكذا فى البشارة لانها اسم لخبر
سار والكذب لا يسر واذا كان عالما بقدومه فالسرور كان حاصلا وتحصيل الحاصل مستحيل واما الخبر فان
وصله بحرف الباء بان قال ان اخبرتنى بقدوم فلان فالجواب فيه وفى الاعلام والبشارة سواء وان وصله بكلمة ان بأن
قال ان اخبرتنى ان فلانا قدم فأخبره كاذبا أو أخبره بعدما كان علم المخاطب بقدومه باخبار غيره يحنث والفرق يعرف
فى الجامع الكبير ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه فكتب أو أشار لا يحنث لان الكتابة والاشارة ليست
بكلام وانما تقوم مقامه ألا ترى أن الله تعالى أنزل الينا كتابا ولا يقال ان الله تعالى فى العرف كلمنا فان سئل عنه فقال نعم
فقد تكلم لان قوله نعم لا يستقل بنفسه و يضمر فيه السؤال كما فى قوله تعالى فهل وجدتم ماوعد ربكم حقا قالوا نعم أى
وجدنا ماوعدنا ربنا حقا فقد أتى بكلام دال على المراد ولو حلف لا يستخدم فلانة فاستخدمها بكلام أو أمرها بشئ
من خدمة أو اشار اليها بالخدمة فقد استخدمها فهو حانث لان الاستخدام طلب الخدمة وقد وجد ولو كانت هذه

الايمان كلها وهو صحيح ثم خرس فصار لا يقدر على الكلام كانت ايمانه فى هذا كله على الاشارة والكتاب فى جميع
ما وصفنا الا فى خصلة واحدة وهى ان يحلف أن لا يتكلم بسر فلان فلا يحنث الا بالتكلم لان الكلام العرفى اسم
لحروف منظومة تدلا على معنى مفهوم وذلك لا يوجد فى الاشارة والخبر والافشاء والاظهار من الاخرس انما يكون
بالاشارة فيحنث بهما وكل شىء حنث فيه من هذه الاشياء بالاشارة فقال أشرت وأنا لا أريد الذى حلفت عليه
فان كان فعل ذلك جوابا لشىء مما سئل عنه لم يصدق فى القضاء لان الاشارة فيها احتمال فان كان هناك دلالة حال
زال الاحتمال وان لم يكن يرجع الى نيته وذكر ابن سماعه فى نوادره عن محمد اذا قال والله لا أقول كذا لفلان فهو عندى
مثل الخبر والبشارة ألا يرى ان رجلا لو قال والله لا أقول لفلان صبحك الله بخير ثم أرسل اليه رسولا فقال قل
لفلان يقول لك فلان صبحك الله بخير فانه حانث قال ألا ترى ان القائل هو المرسل وان الرسول هو القائل ذلك لفلان
ولو كان هو هذا الذى حلف عليه لم يحنث ألا ترى ان الرجل يقول قال الله عز وجل لنا فى كتابه الكريم كذا ولو قال
والله لا أكلم فلانا بهذا الامر فهذا على الكلام بعينه لا يحنث بكتاب ولا رسول ألا ترى انك لا تقول كلمنا الله تعالى
بكذا وأما الحديث فهو على المشافهة لان ماسوى الكلام ليس بحديث ولو قال أى عبيدى يبشرنى بكذا فهو حر
فبشروه جميعاً عتقوا لوجود البشارة من كل واحد منهم لوجود حد البشارة وهو ماذكرناه ولو بشره واحد بعد واحد
لم يعتق الثانى لانه ليس بمبشر وانما هو مخبر ألا ترى ان خبر الثانى لا يؤثر فى وجه المخبر له ولهذا قال ابن مسعود رضى الله
عنه لما بلغه قول النبى صلى الله عليه وسلم من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد وأخبره
بذلك أبو بكر ثم عمر رضى الله عنهما فقال رضى الله عنه بشرنى به أبو بكر ثم أخبرنى به عمر رضى الله عنهما فان أرسل اليه
أحدهم رسولا فان أضاف الرسول الخبر الى المرسل فقال ان عبدك فلان يخبرك بكذا عتق العبد لان المرسل هو
المبشر وان أخبر الرسول ولم يضف ذلك الى العبد لم يعتق العبد لان البشارة منه لا من المرسل ولو حلف لا يكتب الى
فلان فأمر غيره فكتب فقد روى هشام عن محمد انه قال سألنى هرون الرشيد أمير المؤمنين أصلحه الله عن هذا
فقلت ان كان سلطانا يأمر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب فانه يحنث لانه اذا كان لا يباشر الكتابة بنفسه عادة بل
يستكتب غيره فيمينه تقع على العادة وهو الامر بالكتابة قال هشام قلت لمحمد فما تقول اذا حلف لا يقرأ لفلان
كتابا فنظر فى كتابه حتى أتى آخره وفهمه ولم ينطق به قال سأل هرون أبا يوسف عن ذلك وقد كان ابتلى بشىء منه
فقال لا يحنث ولا أرى أنا ذلك وقد روى خلف بن أيوب وداود بن رشيد وابن رستم أيضاً عن محمد انه يحنث فأبو
يوسف اعتبر الحقيقة لانه لم يقرأه حقيقة اذ القراءة لا تكون الا بتحريك اللسان بالحروف ولم يوجد ألا ترى ان المصلى
القادر على القراءة اذا لم يحرك لسانه بالحروف لا تجوز صلاته وكذا لو حلف لا يقرأ سورة من القرآن فنظر فيها
وفهمها ولم يحرك لسانه لم يحنث ومحمد اعتبر العرف والعادة ومعانى كلام الناس وهم انما يريدون بمثل هذه اليمين
الامتناع عن الوقوف على ما فى الكتاب وقد وقف على ما فيه فيحنث قال هشام عن محمد اذا قرأ الكتاب الا سطراً
قال كانه قرأه قلت فان قرأ نصفه قال لا يعنى لم يقرأه قال محمد اذا قرأ بعضه فان أتى على المعانى التى يحتاج اليها فكانه قد
قرأه لان تلك المعانى هى المقصودة بالكتاب ولو حلف لا يقرأ سورة فترك منها حرفا حنث وان ترك آية طويلة لم
يحنث لانه يسمى قارئا للسورة مع ترك حرف منها ولا يسمى مع ترك ما هو فى حكم الآية الطويلة وروى ابن
رستم عن محمد انه قال لا أبلغك مثل لا أخبرك وكذلك أذكرك بشىء أو لا أذكرك شيأ فانه يحنث بالكتاب فاما
الذكر والاخبار والاعلام والابلاغ على الكتاب والقول والكلام على الكتاب أيضاً قال عمر وسألت محمداً
عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتمثل بنصف بيت قال لا يحنث قال قلت فان كان نصف البيت من شعر آخر قال
لا أدرى ما هذا لا يحنث لان الشعر ما ظهر فيه النظم وذلك لا يكون الا فى بيت قال وسألت محمدا عن رجل فارسى
حلف أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن قال لا يحنث وان حلف رجل فصيح أن يقرأ الحمد بالعربية فقرأها فلحن

حنث اذا لم يكن لاحدهما نية لان العربى انما أراد بيمينه أن يقرأ بموضوع العرب وذلك المعرب دون الملحون فاما العجمى فانما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون يعد من العربية والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على الاكل والشرب والذوق والغداء والعشاء والسحور والضحوة والتصبح فلابد من بيان معانى هذه الاشياء فالاكل هو ايصال ما يحتمله المضغ بفيه الى الجوف مضغ أو لم يمضغ كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها والشرب ايصال ما لا يحتمل المضغ من المائعات الى الجوف مثل الماء والنبيذ واللبن والعسل الممخوض والسويق الممخوض وغير ذلك فان وجد ذلك يحنث والا فلا يحنث الا اذا كان يسمى ذلك أكلا أو شربا فى العرف والعادة فيحنث اذا عرف هذا فنقول اذا حلف لا يأكل كذا ولا يشربه فادخله فى فيه ومضغه ثم ألقاه لم يحنث حتى يدخله فى جوفه لانه بدون ذلك لا يكون أكلا وشربا بل يكون ذوقا لما نذكر معنى الذوق ان شاء الله تعالى فى موضعه قال هشام سألت محمدا عن رجل حلف لا يأكل هذه البيضة أو لا يأكل هذه الجوزة فابتلعها قال قد حنث لوجود حد الاكل وهو ما ذكرنا ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فجعل يمضغه ويرمى بثفله ويبلع ماءه لم يحنث فى الاكل ولا فى الشرب لان ذلك ليس بأكل ولا شرب بل هو مص وان عصر ماء العنب فلم يشربه وأكل قشره وحصرمه فانه يحنث لان الذاهب ليس الا الماء وذهاب الماء لا يخرجه من ان يكون أكلا له ألا ترى انه اذا مضغه وابتلع الماء انه لا يكون أكلا بابتلاع الماء بل بابتلاع الحصرم فدل ان أكل العنب هو أكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث وقال هشام عن محمد فى رجل حلف لا يأكل سكرا فأخذ سكرة فجعلها فى فيه فجعل يبلع ماءها حتى ذابت قال لم يأكل لانه حين أوصلها الى فيه وصلت وهى لا تحتمل المضغ وكذا روى عن أبى يوسف فيمن حلف لا يأكل رمانا فمص رمانة انه لا يحنث ولو حلف لا يأكل هذا اللبن فأكله بخبز أو تمر أو حلف لا يأكل هذا الخل فأكله بخبز يحنث لان أكل اللبن هكذا يكون وكذلك الخل لانه من جملة الادام فيكون أكله بالخبز كاللبن فان أكل ذلك بانفراده لا يحنث لان ذلك شرب وليس بأكل فان صب على ذلك الماء ثم شربه لم يحنث فى قوله لا آكل لعدم الاكل ويحنث فى قوله لا أشرب لوجود الشرب وكذلك ان حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه وصب عليه الماء فشربه لا يحنث لان هذا شرب لا أكل فان أكله مبلولا أو غير مبلول يحنث لان الخبز هكذا يؤكل عادة وكذلك السويق اذا شربه بالماء فهو شارب وليس بآكل ولو حلف لا يأكل طعاما فان ذلك يقع على الخبز واللحم والفاكهة سوى التمر ونحو ذلك ويقع على ما يؤكل على سبيل الادام مع الخبز لان الطعام فى اللغة اسم لما يطعم الا انه فى العرف اختص بما يؤكل بنفسه أو مع غيره عادة ولا يقع على الهليلج والسقمونيا وان كان ذلك مطعوما فى نفسه لانه لا يؤكل عادة وان حلف لا يأكل من طعام فلان فأخذ من خله أو زيته أو كامخه أو ملحه فأكله بطعام نفسه يحنث لان العادة قد جرت بأكل هذه الاشياء مع الخبز اداما له قال النبى صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل فكان طعاما عرفا فيحنث فان أخذ من نبيذ فلان أو مائه فأكل به خبزا لا يحنث لانه لا يؤكل مع الخبز عادة فلا يسمى طعاما وكذا قال أبو يوسف الخل طعام والنبيذ والماء شراب وقال محمد الخل والملح طعام لما ذكرنا ان الخل والملح مما يؤكل مع غيره عادة والنبيذ والماء لا يؤكل عادة ولو حلف لا يشترى طعاما فانه يقع على الحنطة ودقيقها وكان ينبغى فى القياس ان يقع على جميع المطعومات كما فى اليمين على الاكل الا ان فى الاستحسان يقع على الحنطة ودقيقها لان البيع لا يتم بنفسه بل بالبائع وبائع الحنطة يسمى بائع الطعام فى العرف والاكل يتم بنفسه فيعتبر نفس الاكل دون غيره وصار هذا كمن حلف لا يشترى حديدا فاشترى سيفا لم يحنث لان بائعه لا يسمى حدادا ولو حلف لا يمس حديدا فمس سيفا يحنث لان المس فعل يتم بنفسه وعلى هذا باب الزيادات وروى عن أبى يوسف فيمن حلف لا يأكل طعاما فاضطر الى ميتة فأكل منها لم يحنث وقال الكرخى وهو احدى الروايتين عن محمد وروى ابن رستم عن محمد انه يحنث وجه هذه الرواية ان الميتة فى حال المخمصة طعام مباح فى حق المضطر بمنزلة الطعام المباح فى غير هذه الحالة فوجد شرط الحنث فيحنث وجه قول أبى يوسف واحدى

الروايتين

الروايتين عن محمد ان اطلاق اسم الطعام لا يتناوله لانه لا يسمى طعاما عرفا وعادة لانه لا يؤكل عادة ومبنى الايمان على معانى كلام الناس وروى عن أبي يوسف فى رجل حلف لا يأكل حراما فاضطر الى ميتة فأكلها قال لا يحنث وروى عنه انه حانث فى يمينه واثمه موضوع وجه هذه الرواية ان الميتة محرمة والرخصة أثرها فى تغيير الحكم وهو المؤاخذة لا فى تغيير وصف الفعل وهو الحرمة كالمكره على أكل مال الغير وجه الرواية الاولى وهى الصحيحة ان الميتة حال المخمصة مباحة مطلقا لا حظر فيها بوجه فى حق المضطر وأثر الرخصة فى تغيير الحكم والوصف جميعا بدليل انه لو امتنع حتى مات يؤاخذ به ولو بقيت الحرمة لم تثبت المؤاخذة كما لو امتنع من تناول مال الغير حالة المخمصة أو الاكراه وقال خلف ابن أيوب سألت أسد بن عمر رضى الله عنهما فى رجل حلف لا يأكل حراما فأكل لحم قرد أو كلب أو حدأة أو غراب قال لا يحنث الا أن يعنى ذلك فيحنث لان مطلق الحرام هو ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة هذه الاشياء محل الاجتهاد وقال خلف بن أيوب سألت الحسن فقال هذا كله حرام لقيام دليل الحرمة فيها وان لم يكن مقطوعا به وروى المعلى عن أبي يوسف ومحمد فيمن حلف لا يركب حراما قال هذا على الزنا لان الحرام المطلق ينصرف الى الحرام لعينه وهو الزنا ولانه يراد به الزنا فى العرف فينصرف اليه وقال محمد فان كان الحالف خصيا أو مجبوبا فهو على القبلة الحرام وما أشبهها وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن حلف لا يطأ امرأة وطأ حراما فوطئ امرأته وقد ظاهر منها أو وهى حائض قال لا يحنث الا أن ينوى ذلك لان الحرمة تثبت بعارض الحيض والظهار ومطلق التحريم لا يقع على التحريم العارض وقال ابن رستم عن محمد فيمن حلف لا يأكل حراما فاشترى بدرهم غصبه من انسان طعاما فأكله لم يحنث لان مطلق اسم الحرام انما يقع على ما كانت حرمته لحق الله تعالى وحرمة هذا لحق العبد ولو غصب خبزا أو لحما فأكله يحنث بعرف الناس ولو حلف لا يأكل من طعام اشتراه فلان فأكل من طعام اشتراه مع آخر حنث الا أن يكون نوى شراءه وحده وكذلك لو حلف لا يأكل من طعام ملكه فلان لان بعض الطعام طعام حقيقة ويسمى طعاما عرفا أيضا بخلاف ما اذا حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين آخر انه لا يحنث لان بعض الدار لا يسمى دارا وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا يملكه فلان أو يشتريه فلان فلبس ثوبا اشتراه فلان مع آخر لا يحنث لان بعض الثوب لا يسمى ثوبا ولو حلف لا يأكل اداما فالادام كل ما يصطبغ به مع الخبز عادة كاللبن والزيت والمرق والخل والعسل ونحو ذلك وما لا يصطبغ به فليس بادام مثل اللحم والشوى والجبن والبيض وهذا قول أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف وقال محمد وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف ان كل ما يؤكل بالخبز فهو ادام مثل اللحم والشوى والبيض والجبن وروى ابن سماعة عن أبي يوسف أن الجوز اليابس ادام واحتج محمد بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال سيد ادام أهل الجنة اللحم وسيد رياحين أهل الجنة الفاغية وهى ورد الحناء وهذا نص ولان الادام من الائتدام وهو الموافقة قال النبي صلى الله عليه وسلم لمغيرة حين أراد أن يتزوج امرأة لو نظرت اليها لكان أحرى أن يؤدم بينكما أى يكون بينكما الموافقة ومعنى الموافقة بين الخبز وبين هذه الاشياء فى الاكل ظاهر فكانت اداما ولان الناس يأتدمون بها عرفا وعادة ولابى حنيفة ان معنى الادام وهو الموافقة على الاطلاق والكمال لا يتحقق الا فيما لا يؤكل بنفسه مقصودا بل يؤكل تبعا لغيره عادة وأما ما يؤكل بنفسه مقصودا فلا يتحقق فيه معنى الموافقة وما لا يصطبغ يؤكل بنفسه فيختل معنى الادام فيه واللحم ونحوه مما يؤكل بنفسه عادة مع ما ان من سكان البرارى من لا يتغذى الا باللحم وبه تبين ان اطلاق اسم الادام عليه فى الحديث على طريق المجاز والبطيخ ليس بادام فى قولهم جميعا لانه لا يحتمل الاصطباغ به ولا يؤكل بالخبز عادة وكذا البقل ليس بادام فى قولهم ألا ترى ان آكله لا يسمى مؤتدما وسئل محمد عن رجل حلف لا يأكل خبزا مأدوما فقال الخبز المأدوم الذى يثرد ثردا يعنى فى المرق والخل وما أشبهه فقيل له فان ثرده فى ماء أو ملح فلم ير ذلك مأدوما لان من أكل خبزا بماء لا يسمى مؤتدما فى العرف وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ان تسمية هذه الاشياء على ما يعرف أهل تلك البلاد فى كلامهم ولو حلف لا يأكل

خبز اولانية له فهو على خبز الحنطة والشعير الا ان كان الحالف فى بلد لا يؤكل فيها الا خبز الحنطة فان يمينه تقع على خبز الحنطة لا غير وان أكل من خبز لوذينج وأشباه ذلك لا يحنث الا ان يكون نواه وان أكل من خبز الذرة والارز فان كان من أهل بلاد ذلك طعامهم حنث وان كان من أهل الكوفة ونحوها ممن لا يأكل ذلك عامتهم لا يحنث الا أن ينوى ذلك لأن اسم الخبز يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يراد به خبز القطائف عند الاطلاق فلا يحمل عليه وكذا خبز الارز فى البلاد التى لا يعتاد أكله فيها ولو حلف لا يأكل لحما فاى لحم اكل من سائر الحيوان غير السمك يحنث ثم يستوى فيه المحرم وغير المحرم والمطبوخ والمشوى والضعيف لان اللحم اسم لاجزاء الحيوان الذى يعيش فى البر فيحنث اذا أكل لحم ميتة أو خنزير أو انسان أو لحم شاة ترك ذابحها التسمية على ذبحها عمدا أو أكل ذبيحة مجوسى أو مرتد أو لحم صيد ذبحه المحرم ويستوى فيه لحم الغنم والبقر والابل لان اسم اللحم يتناول الكل وان أكل سمكا لا يحنث وان سماه الله عز وجل لحما فى القرآن العظيم بقوله تعالى لحما طريا لانه لا يراد به عند الاطلاق اسم اللحم فان الرجل يقول ما أكلت اللحم كذا وكذا يوما وان كان قد أكل سمكا الا ترى أن من حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وان سماه الله عز وجل دابة بقوله عز وجل ان شر الدواب عند الله الذين كفروا وكذا لو حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم يحنث وان سماه الله سبحانه وتعالى بيتا فى كتابه العزيز بقوله وان أوهن البيوت لبيت العنكبوت لو كانوا يعلمون وكذا كل شئ يسكن الماء فهو مثل السمك ولو أكل أحشاء البطن مثل الكرش والكبد والفؤاد والكلى والرئة والامعاء والطحال ذكر الكرخى أنه يحنث فى هذا كله الا فى شحم البطن وهذا الجواب على عادة أهل الكوفة فى زمن أبى حنيفة وفى الموضع الذى يباع مع اللحم وأما فى البلاد التى لا يباع مع اللحم أيضا فلا يحنث به فاما شحم البطن فليس بلحم ولا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم ولا يباع مع اللحم أيضا فان نواه يحنث لانه شدد على نفسه وكذلك الالية لا يحنث بأكلها لانها ليست بلحم فان أكل شحم الظهر أو ما هو على اللحم حنث لانه لحم لكنه لحم سمين ألا ترى أنه يقال لحم سمين وكذا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم وكذلك لو أكل رؤس الحيوانات ما خلا السمك يحنث لان الرأس عضو من أعضاء الحيوان فكان لحمه كلحم سائر الاعضاء بخلاف ما اذا حلف لا يشترى لحما فاشترى رأسا انه لا يحنث لان مشتريه لا يسمى مشترى لحم وانما يقال اشترى رأسا ولو حلف لا يأكل شحما فاشترى شحم الظهر لم يحنث فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يحنث وذكر فى الجامع الصغير فى رجل حلف لا يشترى شحما فأى شحم اشترى لم يحنث الا ان يشترى شحم البطن وكذا لو حلف لا يأكل شحما وجه قولهما قوله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما والمستثنى من جنس المستثنى منه فدل أن شحم الظهر شحم حقيقة ولابى حنيفة انه لا يسمى شحما عرفا وعادة بل يسمى لحما سمينا فلا يتناوله اسم الشحم عند الاطلاق وتسمية الله تعالى اياه شحما لا يدل على دخوله تحت اليمين اذا لم يكن الاسم متعارفا لان مطلق كلام الناس ينصرف الى ما يتعارفونه كما ضربنا من الامثلة فى لحم السمك وقال الله تعالى وجعل الشمس سراجا وقال سبحانه وتعالى والارض بساطا ثم لا يدخلان فى اليمين على البساط والسراج كذا هذا وقد قالوا فيمن حلف لا يشترى شحما ولا لحما فاشترى الية أنه لا يحنث لانها ليست بشحم ولا لحم وقال عمر وعن محمد فيمن أمر رجلا أن يشترى له شحما فاشترى شحم الظهر أنه لا يجوز على الآمر وهذا يدل على أن اطلاق اسم الشحم لا يتناول شحم الظهر كما قاله أبو حنيفة فيكون حجة على محمد ولو حلف لا يأكل لحم دجاج فأكل لحم ديك حنث لان الدجاج اسم للانثى والذكر جميعا قال جرير

لما مررت بدير الهند أرقنى * صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

فاما الدجاجة فانها اسم للانثى والديك اسم للذكر واسم الابل يقع على الذكور والاناث قال النبى صلى الله عليه وسلم فى خمس من الابل السائمة شاة ولم يرد به أحد النوعين خاصة وكذا اسم الجمل والبعير والجزور وكذا هذه الاسامى الاربعة تقع على البخاتى والعراب وغير ذلك من أنواع الابل واسم البختى لا يقع على العربى وكذا اسم العربى لا يقع

على البختى واسم البقر يقع على الذكور والاناث قال النبى صلى الله عليه وسلم فى ثلاثين من البقر تبيع أو تبيعة وأراد به
الذكور والاناث جميعا وكذا اسم البقرة قال الله عز وجل ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقيل أن بقرة بنى اسرائيل
كانت ذكرا وتأنيثها بالذكر بقوله تعالى قالوا ادع لنا ربك يبين لنا ما هى لتأنيث اللفظ دون المعنى كما فى قوله تعالى
واذ قالت طائفة وقال سبحانه وتعالى وان من أمة الا خلا فيها نذير والشاة تقع على الذكر والانثى قال النبى صلى
الله عليه وسلم فى أربعين شاة والمراد منه الذكور والاناث وكذا الغنم اسم جنس والنعجة اسم للانثى والكبش
للذكر والفرس اسم للعراب ذكرها وأنثاها والبرذون اسم لغير العراب من الطخارية ذكرها وأنثاها وقالوا
ان البرذون اسم للتركى ذكره وأنثاه والخيل اسم جنس يتناول الافراس العراب والبراذين والحمار اسم للذكر
والحمارة والاتان اسم للانثى والبغل والبغلة كل واحد منهما اسم للذكر والانثى وان حلف لا يأكل رأسا فان
نوى الرؤس كلها من السمك والغنم وغيرها فأى ذلك أكل حنث لان اسم الرأس يقع على الكل وان لم يكن له نية
فهو على رؤس الغنم والبقر خاصة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اليمين اليوم على رؤس الغنم خاصة
والاصل فى هذا أن قوله لا آكل رأسا فبظاهره يتناول كل رأس لكنه معلوم أن العموم غير مراد لان اسم الرأس
يقع على رأس العصفور ورأس الجراد ويعلم أن الحالف ما أراد ذلك فكان ذلك المراد بعض ما يتناوله الاسم
وهو الذى يكبس فى التنور ويباع فى السوق عادة فكان أبا حنيفة رأى أهل الكوفة يكبسون رؤس الغنم والبقر
والابل ويبيعونها فى السوق فحمل اليمين على ذلك ثم رآهم تركوا رؤس الابل واقتصروا على رؤس الغنم والبقر
فحمل اليمين على ذلك وأبو يوسف ومحمد دخلا بغداد وقد ترك الناس البقر واقتصروا على الغنم فحملا اليمين على ذلك
فلم يكن بينهم خلاف فى الحقيقة ولو حلف لا يأكل بيضا فان نوى بيض كل شئ بيض السمك وغيره فأى ذلك أكل
حنث وان لم يكن له نية فهو على بيض الطير كله الاوز والدجاج وغيرهما ولا يحنث اذا أكل بيض السمك لان اسم
البيض يقع على الكل فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله الاسم واذا لم تكن له نية فيقع على ما له قشر وهو بيض الطير لانه يراد
به ذلك عند الاطلاق فيحمل عليه ولو حلف لا يأكل طبيخا فالقياس ينصرف الى كل ما يطبخ من اللحم وغيره لانه
طبيخ حقيقة الا انه صرف الى اللحم خاصة وهو اللحم الذى يجعل فى الماء ويطبخ ليسهل أكله للعرف ألا ترى انه
لا يقال لمن أكل الباقلاء انه أكل الطبيخ وان كان طبيخا حقيقة وان أكل سمكا مطبوخا لا يحنث لانه لا يسمى
طبيخا فى العرف فان نوى بقوله لا يأكل طبيخا من اللحم وغيره فهو على ما نوى لانه طبيخ حقيقة وفيه تشديد على
نفسه وكذا اذا حلف لا يأكل شواء وهو ينوى كل شئ يشوى فأى ذلك أكل حنث وان لم يكن له نية فانما يقع على
اللحم خاصة لان حقيقة الشواء هى ما يشوى بالنار ليسهل أكله الا أن عند الاطلاق ينصرف الى اللحم المشوى
دون غيره للعرف ألا ترى انه يصح أن يقال فلان لم يأكل الشواء وان أكل الباذنجان المشوى والجزر المشوى
ويسمى بائع اللحم المشوى شاويا فان أكل سمكا مشويا لم يحنث لانه لا يراد به ذلك عند الاطلاق وان أكل قلية
يابسة أولونا من الالوان لا مرق فيه لا يحنث لان هذا لا يسمى طبيخا وانما يقال له لحم مقلى ولا يقال مطبوخ الا اللحم
طبخ فى الماء فان طبخ من اللحم طبيخا له مرق فأكل من لحمه أو من مرقه يحنث لانه يقال أكل الطبيخ وان لم
يأكل لحمه لان المرق فيه أجزاء اللحم قال ابن سماعة فى اليمين على الطبيخ ينبغى أن يكون على الشحم أيضا لانه قد
يسمى طبيخا فى العادة فان طبخ عدسا بودك فهو طبيخ وكذلك ان طبخه بشحم أو الية فان طبخه بسمن أو زيت
لم يكن طبيخا ولا يكون الارز طبيخا ولا يكون الطباهج طبيخا ولا الجواذب طبيخا والاعتماد فيه على العرف وقال
داود بن رشيد عن محمد فى رجل حلف لا يأكل من طبيخ امرأته فسخنت له قدرا قد طبخها غيرها انه لا يحنث لان
الطبيخ فعيل من طبخ وهو الفعل الذى يسهل به أكل اللحم وذلك وجد من الاول لا منها ولو حلف لا يأكل الحلو
فالاصل فى هذا ان الحلو عندهم كل حلو ليس من جنسه حامض وما كان من جنسه حامض فليس بحلو والمرجع فيه الى

العرف فيحنث بأكل الخبيص والعسل والسكر والناطف والرب والرطب والتمر وأشباه ذلك وكذا روى المعلى عن محمد اذا أكل تينا رطبا أو يابسا يحنث لانه ليس من جنسها حامض فخلص معنى الحلاوة فيه ولو أكل عنبا حلوا أو بطيخا حلوا أو رمانا حلوا أو اجاصا حلوا لم يحنث لان من جنسه ما ليس بحلو فلم يخلص معنى الحلاوة فيه وكذا الزبيب ليس من الحلو لان من جنسه ما هو حامض وكذلك اذا حلف لا يأكل حلاوة فهو مثل الحلوى وان حلف لا يأكل تمرا ولا نية له فأكل قضبا لا يحنث وكذلك اذا أكل بسرا مطبوخا أو رطبا لان ذلك لا يسمى تمرا في العرف ولهذا يختص كل واحد باسم على حدة الا أن ينوى ذلك لانه تمر حقيقة وقد شدد على نفسه ولو أكل حيسا حنث لانه اسم لتمر ينقع في اللبن ويتشرب فيه اللبن فكان الاسم باقيا له لبقاء عينه وقيل هو طعام يتخذ من تمر ويضم اليه شيء من السمن أو غيره والغالب هو التمر فكان أجزاء التمر بحالها فيبقى الاسم ولو حلف لا يأكل بسرا فأكل بسرا مذنبا ههنا أربع مسائل ثنتان متفق عليهما وثنتان مختلف فيهما أما الاوليان فان من يحلف لا يأكل بسرا مذنبا أو حلف لا يأكل رطبا فأكل رطبا فيه شيء من البسر يحنث فيهما جميعا في قولهم لان المذنب هو البسر الذي ذنب أي رطب ذنبه فكانت الغلبة للذي حلف عليه فكان الاسم باقيا وأما الاخريان فان من يحلف لا يأكل رطبا فيأكل بسرا مذنبا أو يحلف لا يأكل بسرا فيأكل رطبا فيه شيء من البسر قال أبو حنيفة ومحمد يحنث وقال أبو يوسف لا يحنث وجه قوله ان الاسم للغالب في العرف والمغلوب في حكم المستهلك وكذا المقصود في الاكل هو الذي له الغلبة والغلبة للبسر في الاول وفي الثاني للرطب فلا يحنث ولهما انه أكل ما حلف عليه وغيره لانه يراه بعينه ويسميه باسمه فصار كما لو ميز أحدهما عن الآخر فقطعه وأكلهما جميعا وأما قوله ان أحدهما غالب فنعم لكن الغلبة انما توجب استهلاك المغلوب في اختلاط الممازجة أما في اختلاط المجاورة فلا لانه يراد بعينه فلا يصير مستهلكا فيه كما اذا حلف لا يأكل سويقا أو سمنا فأكل سويقا قد لت بسمن بحيث يستبين أجزاء السويق في السمن يحنث لقيام كل واحد منهما بعد الاختلاط بعينه كذا هذا ولو حلف لا يأكل حبا فأي حب أكل من سمسم أو غيره مما يأكله الناس عادة يحنث لان مطلق يمينه يقع عليه فان عنى شيئا من ذلك بعينه أو سماه حنث فيه ولم يحنث في غيره لانه نوى تخصيص الملفوظ فيصدق ديانة لا قضاء لانه خلاف الظاهر ولا يحنث اذا ابتلع لؤلؤة لان الاوهام لا تنصرف الى اللؤلؤة عند اطلاق اسم الحب ولو حلف لا يأكل عنبا فأكل زبيبا لا يحنث لان اسم العنب لا يتناوله ولو حلف لا يأكل جوزا فأكل منه رطبا أو يابسا حنث وكذلك اللوز والفستق والتين وأشباه ذلك لان الاسم يتناول الرطب واليابس جميعا ولو حلف لا يأكل فاكهة فأكل تفاحا أو سفرجلا أو كمثرى أو خوخا أو تينا أو اجاصا أو مشمشا أو بطيخا حنث وان أكل قثاء أو خيارا أو جزرا لا يحنث وان أكل عنبا أو رمانا أو رطبا لا يحنث في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يحنث ولو أكل زبيبا أو حب الرمان أو تمرا لا يحنث بالاجماع وجه قولهما أن كل واحدة من هذه الاشياء تسمى فاكهة في العرف بل تعد من رؤس الفواكه ولان الفاكهة اسم لما يتفكه به وتفكه الناس بهذه الاشياء ظاهر فكانت فواكه ولابي حنيفة قوله تعالى فأنبتنا فيها حبا وعنبا وقضبا وزيتونا ونخلا وحدائق غلبا وفاكهة وأبا عطف الفاكهة على العنب وقوله عز وجل فيها فاكهة ونخل ورمان عطف الرمان على الفاكهة والمعطوف غير المعطوف عليه هو الاصل لان الفاكهة اسم لما يقصد بأكله التفكه وهو التنعم والتلذذ دون الشبع والطعام ما يقصد بأكله التغذي والشبع والتمر عندهم يؤكل بطريق التغذي والشبع حتى روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال بيت لا تمر فيه جياع أهله وقال عليه أفضل الصلاة والسلام يوم الفطر اغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم ثم ذكر في جملة ما تقع به الغنية التمر وفي بعضها الزبيب ولان الفاكهة لا يختلف حكم رطبها ويابسها فما كان رطبه فاكهة كان يابسه فاكهة كالتين والمشمش والاجاص ونحو ذلك واليابس من هذه الاشياء ليس بفاكهة بالاجماع وهو الزبيب والتمر وحب الرمان فكذا رطبها وما ذكراه من العرف

ممنوع بل العرف الجارى بين الناس انهم يقولون ليس فى كرم فلان فاكهة انما فيه العنب فحسب فالحاصل ان ثمر
الشجر كلها فاكهة عندهما وعنده كذلك الا ثمر النخل والكرم وشجر الرمان لان سائر الثمار من التفاح والسفرجل
والاجاص ونحوها يقصد بأكلها التفكه دون الشبع وكذا يابسها فاكهة كذا رطبها قال محمد التوت فاكهة لانه
يتفكه به والقثاء والخيار والجزر والباقلاء الرطب ادام وليس بفاكهة الا يرى أنه لا يؤكل للتفكه وان عنى بقوله
لا آكل فاكهة العنب والرطب والرمان فأكل من ذلك شيئا حنث كذا ذكر فى الاصل لان هذه الاشياء مما يتفكه
بها وان كان لا يطلق عليها اسم الفاكهة وقال محمد بسر السكر والبسر الاحمر فاكهة لان ذلك مما يتفكه به وقال أبو
يوسف اللوز والعناب فاكهة رطب ذلك من الفاكهة الرطبة ويابسه من اليابسة لان ذلك يؤكل على وجه
التفكه قال والجوز رطبه فاكهة ويابسه ادام وقال فى الاصل وكذلك الفاكهة اليابسة فيدخل فيها الجوز واللوز
وأشباههما وروى المعلى عن محمد أن الجوز اليابس ليس بفاكهة لانه يؤكل مع الخبز غالبا فأما رطبه فلا يؤكل الا
للتفكه وجه ما ذكر فى الاصل أنه فاكهة ما ذكرنا أن رطبه ويابسه مما لا يقصد به الشبع فصار كسائر الفواكه وذكر
المعلى عن محمد فى رجل حلف لا يأكل من الثمار شيئا ولا نية له ان ذلك على الرطب واليابس فان أكل تينا يابسا أو لوزا
يابسا حنث فجعل الثمار كالفاكهة لان أحد الاسمين كالآخر وقال المعلى قلت لمحمد فان حلف لا يأكل من فاكهة
العام أو من ثمار العام ولا نية له قال ان حلف فى أيام الفاكهة الرطبة فهذا على الرطب فان أكل من فاكهة ذلك العام
شيئا يابسا لم يحنث وكذلك الثمرة وان حلف فى غير وقت الفاكهة الرطبة كانت يمينه على الفاكهة اليابسة من فاكهة
ذلك العام وكان ينبغى فى القياس ان كان وقت الفاكهة الرطبة ان يحنث فى الرطب واليابس لان اسم الفاكهة
يتناولهما الا أنه استحسن لان العادة فى قولهم فاكهة العام اذا كان فى وقت الرطب انهم يريدون به الرطب دون
اليابس فاذا مضى وقت الرطب فلا تقع اليمين الا على اليابس فيحمل عليه والله عز وجل أعلم ولو حلف لا يأكل
من هذه الحنطة أو لا يأكل هذه الحنطة فان عنى بها أن لا يأكلها حبا كما هى فأكل من خبزها أو من سويقها لم يحنث و
انما يحنث اذا قضمها وان لم تكن له نية فكذلك عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحنث وهل يحنث عندهما اذا
أكل عينها ذكر محمد فى الاصل عنهما ما يدل على أنه لا يحنث لانه قال فيه ان اليمين تقع على ما يصنع الناس وذكر عنهما
فى الجامع الصغير ما يدل على أنه يحنث فانه قال وقال أبو يوسف ومحمد ان أكلها خبزا حنث أيضا فهذا يدل على أنه
اذا قضمها يحنث عندهما كما يحنث اذا أكلها خبزا وجه قولهما أن المتعاوف فى اطلاق أكل الحنطة أكل المتخذ منها
وهو الخبز لا أكل عينها يقال فلان يأكل من حنطة كذا أى من خبزها ومطلق الكلام يحمل على المتعارف
خصوصا فى باب الايمان وجه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن اسم الحنطة لا يقع على الخبز حقيقة لانها اسم لذات
مخصوصة مركبة فيزول الاسم بزوال التركيب حقيقة فالحمل على الخبز يكون حملا على المجاز فكان صرف الكلام
الى الحقيقة أولى وأما قولهما ان مطلق الكلام يحمل على المتعارف فنعم لكن على المتعارف عند أهل اللسان وهو
المتعارف فى الاستعمال اللغوى كما يقول مشايخ العراق لا على المتعارف من حيث الفعل كما يقول مشايخ بلخ بدليل أنه
لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الآدمى أو الخنزير يحنث وان لم يتعارف أكله لوجود التعارف فى الاسم واستعمال
اسم الحنطة فى مسماها متعارف عند أهل اللسان الا أنه يقل استعماله فيه لكن قلة الاستعمال فيه لقلة محل الحقيقة
وهذا لا يوجب الحمل على المجاز كما فى لحم الآدمى ولحم الخنزير على أن المتعارف فعل ثابت فى الجملة لان الحنطة تطبخ
وتقلى فتؤكل مطبوخا ومقليا وان لم يكن فى الكثرة مثل أكلها خبزا ولو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها
حبات من شعير حنث ولو كان اليمين على الشراء لم يحنث لان من اشترى حنطة فيها حبات شعير يسمى مشترى
الحنطة لا مشترى الشعير وصرف الكلام الى الحقيقة المستعملة فى الجملة أولى من الصرف الى المجاز وان كان استعماله
فى المجاز أكثر لان الحقيقة شاركت المجاز فى أصل الاستعمال والمجاز ما شارك الحقيقة فى الوضع رأسا فكان العمل

بالحقيقة أولى ولو حلف لا يأكل من هذا الدقيق فأكل من خبزه ولم تكن له نية حنث لان الدقيق هكذا يؤكل عادة
ولا يستف الا نادرا والنادر ملحق بالعدم فلم يكن له حقيقة مستعملة وله مجاز مستعمل وهو كلما يتخذ منه فحمل عليه
وان نوى ان لا يأكل الدقيق بعينه لا يحنث بأكل ما يخبز منه لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يأكل من هذا
الكفرى شيئا فصار بسرا أولا يأكل من هذا البسر شيئا فصار رطبا أولا يأكل من هذا الرطب شيئا فصار تمرا أولا
يأكل من هذا العنب شيئا فصار زبيبا فأكله أو حلف لا يأكل من هذا اللبن شيئا فأكل من جبن صنع منه أو مصل
أو أقط أو شيراز أو حلف لا يأكل من هذه البيضة فصارت فرخا فأكل من فرخ خرج منها أو حلف لا يذوق من
هذه الخمر شيئا فصارت خلا لم يحنث فى جميع ذلك والاصل أن اليمين متى تعلقت بعين تبقى ببقاء العين وتزول بزوالها
والصفة فى العين المشار اليه غير معتبرة لان الصفة تميز الموصوف من غيره والاشارة تكفى للتعريف فوقعت الغنية
عن ذكر الصفة وغير المعين لا يحتمل الاشارة فيكون تعريفه بالوصف واذا عرف هذا نقول العين بدلت فى هذه
المواضع فلا تبقى اليمين التى عقدت على الاول والعين فى الرطب وان لم تبدل لكن زال بعضها وهو الماء بالجفاف لان
اسم الرطب يستعمل على العين والماء الذى فيها فاذا جف فقد زال عنها الماء فصار آكلا بعض العين المشار اليها فلا
يحنث كما لو حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل بعضه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار
شيخا أنه يحنث لان هناك العين قائمة وانما الفائت هو الوصف لا بعض الشخص فيبقى كل المحلوف عليه فبقيت
اليمين وفرق آخر ان الصفات التى فى هذه الاعيان مما تقصد باليمين منعا وحملا كالرطوبة التى هى فى التمر والعنب فان
المرطوب تضر به الرطوبات فتعلقت اليمين بها والصبا والشباب مما لا يقصد بالمنع بل الذات هى التى تقصد فتعلقت
اليمين بالذات دون هاتين الصفتين كما اذا حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه أنه يحنث لما قلنا كذا
هذا وكذا اذا حلف لا يأكل من لحم هذا الحولى فأكله بعد ما صار كبشا أو من لحم هذا الجدى فأكله بعد ما صار تيسا
يحنث لما قلنا وكذلك لو حلف لا يجامع هذه الصبية فجامعها بعد ما صارت امرأة يحنث لما قلنا ولو نوى فى الفصول
المتقدمة ما يكون من ذلك حنث لانه شدد على نفسه ولو حلف لا يأكل من هذه الخدجة فأكلها بعد ما صارت بطيخا
لا رواية فيه واختلف المشايخ فيه والله عز وجل أعلم قال بشر عن أبى يوسف فى رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن
شيأ أولا يشرب فصب فيه ماء فذاقه أو شربه انه ان كان اللبن غالبا حنث لانه اذا كان غالبا يسمى لبنا وكذلك لو
حلف على نبيذ فصبه فى خل أو على ماء ملح فصب على ماء عذب والاصل فى هذا ان المحلوف عليه اذا اختلط بغير
جنسه تعتبر فيه الغلبة بلا خلاف بين أبى يوسف ومحمد غير ان أبا يوسف اعتبر الغلبة فى اللون أو الطعم لا فى الاجزاء
فقال ان كان المحلوف عليه يستبين لونه أو طعمه حنث وان كان لا يستبين له لون ولا طعم لا يحنث سواء كانت
أجزاؤه أكثر أو لم تكن واعتبر محمد غلبة الاجزاء فقال ان كانت أجزاء المحلوف عليه غالبا يحنث وان كانت مغلوبة
لا يحنث وجه قول محمد أن الحكم يتعلق بالاكثر والاقل يكون تبعا للاكثر فلا عبرة به ولابى يوسف ان اللون والطعم
اذا كانا باقيين كان الاسم باقيا ألا ترى أنه يقال لبن مغشوش وخل مغشوش واذا لم يبق له لون ولا طعم لا يبقى الاسم
و يقال ماء فيه لبن وماء فيه خل فلا يحنث وقال أبو يوسف فان كان طعمهما واحدا أو لونهما واحدا فأشكل عليه نعتبر
الغلبة من حيث الاجزاء فان علم ان أجزاء المحلوف عليه هى الغالبة يحنث وان علم ان أجزاء المخالط له أكثر
لا يحنث وان وقع الشك فيه ولا يدرى ذلك فالقياس ان لا يحنث لانه وقع الشك فى حكم الحنث فلا يثبت مع
الشك وفى الاستحسان يحنث لانه عند احتمال الوجود والعدم على السواء فالقول بالوجود أولى احتياطا لما فيه
من براءة الذمة بيقين وهذا يستقيم فى اليمين بالله تعالى لان الكفارة حق الله تعالى فيحتاط فى ايجابها فأما فى اليمين
بالطلاق والعتاق فلا يستقيم لان ذلك حق العبد وحقوق العباد لا يجرى فيها الاحتياط للتعارض فيعمل فيها
بالقياس ولو حلف لا يأكل سمنا فأكل سويقا قد لت بسمن ولا نية له ذكر محمد فى الاصل أن أجزاء السمن

اذا كانت تستبين فى السويق و يوجد طعمه يحنث وان كان لا يوجد طعمه ولا يرى مكانه لم يحنث لانها اذا
استبانت لم تصر مستهلكة فكأنه أكل السمن بنفسه منفردا واذا لم يستبن فقد صارت مستهلكة فلا يعتد بها
وروى المعلى عن محمد انه ان كان السمن مستبينا فى السويق وكان اذا عصر سال السمن حنث وان كان على غير
ذلك لم يحنث وهذا لا يوجب اختلاف الرواية لامكان التوفيق بين القولين لانه اذا كان يحنث اذا عصر سال
السمن لم يكن مستهلكا واذا لم يسل كان مستهلكا واذا اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه اذا
اختلط بلبن آخر قال أبو يوسف هذا والاول سواء وتعتبر فيه الغلبة وان كانت الغلبة لغير المحلوف عليه لم يحنث
وقال محمد يحنث وان كان مغلوبا فمن أصل محمد أن الشىء لا يصير مستهلكا بجنسه وانما يصير مستهلكا بغير جنسه
واذا لم يصر مستهلكا بجنسه صار كأنه غير مغلوب وقال المعلى عن محمد فى رجل حلف لا يشرب من هذه الخمر فصبها
فى ماء فغلب على الخمر حتى ذهب لونها وطعمها فشرب به لم يحنث فقد قال مثل قول أبى يوسف ولو حلف على ماء من
ماء زمزم لا يشرب منه شيأ فصب عليه ماء من غيره كثيرا حتى صار مغلوبا فشرب به يحنث لما ذكرنا من أصله
أن الشىء لا يصير مستهلكا بجنسه ولو صبه فى بئر أو حوض عظيم لم يحنث قال لانى لا أدرى لعل عيون البئر
تغور بما صب فيها ولا أدرى لعل اليسير من الماء الذى صب فى الحوض العظيم لم يختلط به كله ولو حلف
لا يشرب هذا الماء العذب فصبه فى ماء مالح فغلب عليه ثم شرب به لم يحنث فجعل الماء مستهلكا بجنسه اذا كان
على غير صفته قال وكذلك اذا حلف لا يشرب لبن ضأن فخلطه بلبن معز فانه تعتبر الغلبة لانهما نوعان فكانا
كالجنسين قال الكرخى ولو قال لا أشرب لبن هذه الشاة لشاة معز او ضأن ثم خلطه بغيره من لبن ضأن أو معز حنث اذا
شربه ولا تعتبر الكثرة والغلبة وعلل فقال لانه ليس فى يمينه ضأن ولو معز ومعناه ان يمينه وقعت على لبن واختلاطه
بلبن آخر لا يخرجه من أن يكون لبنا واليمين فى المسئلة الاولى وقعت على لبن الضأن فاذا غلب عليه لبن المعز فقد
استهلكت صفته واستشهد محمد للفرق بين المسئلتين فقال ولا تشبه الشاة اذا حلف عليها بعينها حلفه على لبن المعز
الا يرى أنه لو قال والله لا أشترى رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطبتان أو ثلاث لم يحنث لان هذا انما هو الغالب
ولو قال والله لا أشترى هذه الرطبة لرطبة فى كباسة ثم اشترى الكباسة حنث ونظير هذا ما ذكر ابن سماعة عن محمد
فى رجل قال والله لا آكل ما يجىء به فلان يعنى ما يجىء به من طعام أو لحم أو غيره لك مما يؤكل فدفع الحالف الى
المحلوف عليه لحما ليطبخه فطبخه وألقى فيه قطعة من كرش بقر ثم طبخ القدر به فأكل الحالف من المرق قال محمد لا أراه
يحنث اذا ألقى فيه من اللحم ما لا يطبخ وحده و يتخذ منه مرقة لقلته وان كان مثل ذلك يطبخ و يكون له مرقة فانه
يحنث لانه جعل اليمين على اللحم الذى يأتى به فلان وعلى مرقته والمرقة لا تكون الا بدسم اللحم الذى جاء به فاذا
اختلط به لحم لا يكون له مرق لقلته فلم يأكل ما جاء به فلان واذا كان مما يفرد بالطبخ و يكون له مرق والمرق جنس واحد
فلم تعتبر فيه الغلبة وحنث وقد قال محمد فيمن قال لا آكل مما يجىء به فلان فجاء فلان بلحم فشواه وجعل تحته أرزا
للحالف فأكل الحالف من جوانبه حنث وكذلك لو جاء المحلوف عليه بحمص فطبخه فأكل الحالف من مرقته
وفيه طعم الحمص حنث وكذلك لو جاء برطب فسال منه رب فأكل منه أو جاء بزيتون فعصر فأكل من زيته حنث
قال ابن سماعة عن أبى يوسف فى رجل قال والله لا أكل من ثمرة هذا البستان وفيه نخل يحصى أولا آكل من ثمرة هذا
النخل وهى عشرة أو ثلاث أولا آكل من ثمرة هاتين النخلتين أو من هاتين الرطبتين أو من هذه الثلاث التفاحات أو من
هذين الرغيفين أولا أشرب من لبن هاتين الشاتين فأكل بعض ذلك أو شرب بعضه فانه يحنث لانه منع نفسه من
أكل بعض المذكور وشرب بعضه لان كلمة من للتبعيض فاذا أكل البعض أو شرب حنث قال أبو يوسف
ولو قال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين ولم يقل من فانه لا يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة لانه حلف على شرب
لبنهما فلا يحنث بشرب لبن احداهما واذا شرب جزأ من لبن كل واحدة منهما حنث لان الانسان لا يمكنه أن

يشرب جميع لبن الشاة فلا يقصد بيمينه منع نفسه عن ذلك فينعقد يمينه على البعض كما اذا حلف لا يشرب ماء البحر قال وان كان لبن قد حلب فقال والله لا أشرب لبن هاتين الشاتين للبن بعينه فان كان لبنا يقدر على شربه فى مرة واحدة لم يحنث بشرب بعضه وان كان لبنا لا يستطيع شربه فى مرة واحدة يحنث بشرب بعضه لان يمينه وقعت على شرب الكل حقيقة فاذا استطاع شربه دفعة واحدة أمكن العمل بالحقيقة واذا لم يستطع شربه دفعة يحمل على الجزء كما فى ماء البحر وعلى هذا اذا قال لا آكل هذا الطعام وهو لا يقدر على أكله دفعة واحدة ونظير هذا ما قالوا فيمن قبض من رجل دينا عليه فوجد فيه درهمين زائفين فقال والله لا آخذ منهما شيأ فاخذ أحدهما حنث لان كلمة من للتبعيض وقال ابن رستم عن محمد اذا قال والله لا آكل لحم هذا الخروف فهذا على بعضه لانه لا يمكن أكل كله مرة واحدة عادة وذكر فى الاصل فيمن قال لا آكل هذه الرمانة ان فأكلها الا حبة أو حبتين حنث فى الاستحسان لان ذلك القدر لا يعتد به فانه يقال فى العرف لمن أكل رمانة وترك منها حبة أو حبتين انه أكل رمانة وان ترك نصفها أو ثلثها أو ترك أكثر مما يجرى فى العرف انه يسقط من الرمانة لم يحنث لانه لا يسمى آكلا لجميعها ولو قال والله لا أبيعك لحم هذا الخروف أو خابية الزيت فباع بعضها لم يحنث لانه يمكن حمل اليمين ههنا على الحقيقة لان بيع الكل ممكن وقد قال ابن سماعة فيمن قال لا أشترى من هذين الرجلين انه لا يحنث حتى يشترى منهما ولا يشبه هذا قوله لا آكل هذين الرغيفين لان من للتبعيض ويمكن العمل بالتبعيض فى الاكل ولا يمكن فى الشراء لان البيع لا يتبعض فيحمل على ابتداء الغاية فقد ذكر فى الاصل والجامع فيمن حلف لا يتزوج النساء أو لم يكلم بنى آدم أنه يقع على الواحد لتعذر الحمل على الكل فيحمل على بعض الجنس وقد ذكرناه فيما تقدم ولو حلف لا يأكل من كسب فلان فالكسب ما صار للانسان ان يفعله كالايجاب والقبول فى البيع والاجارة والقبول فى الهبة والصدقة والوصية والاخذ فى المباحات فأما الميراث فلا يكون كسبا للوارث لانه يملكه من غير صنعه ولو مات المحلوف عليه وقد كسب شيأ فورثه رجل فأكل الحالف منه حنث لان ما فى يد الوارث يسمى كسب الميت يعنى مكسوبه عرفا فلو انتقل عنه الى غيره بغير الميراث لم يحنث لانه صار للثانى بفعله فبطلت الاضافة الى الاول قال أبو يوسف وكذلك اذا قال لا آكل مما ملكت أو مما يملك له أو من ملكك فاذا خرج من ملك المحلوف عليه الى ملك غيره فأكل منه الحالف لم يحنث لانه اذا ملكه الثانى لم يبق ملك الاول فلم يبق مضافا اليه بالملك قال وكذلك اذا حلف لا يأكل مما اشترى فلان أو مما يشترى فاشترى المحلوف لنفسه أو لغيره فأكل منه الحالف حنث فان باعه المحلوف عليه من غيره بامر المشترى له ثم أكل منه الحالف لم يحنث لان الشراء اذا طرأ على الشراء بطلت الاضافة الاولى وتجددت اضافة أخرى لم تتناولها اليمين وانما كان الشراء لغيره ولنفسه سواء لان حقوق العقد تتعلق بالمشترى فكانت الاضافة اليه لا الى المشترى له قال وكذلك لو حلف لا يأكل من ميراث فلان شيأ فمات فلان فأكل من ميراثه حنث فان مات وارثه فاورث ذلك الميراث فأكل منه الحالف لم يحنث لنسخ الميراث الاخير الميراث الاول كذا ذكر لان الميراث اذا طرأ على الميراث بطلت الاضافة الاولى ومن هذا القبيل ما قالوا فيمن حلف لا يأكل مما زرع فلان فباع فلان زرعه فأكله الحالف عند المشترى حنث لان الاضافة الى الاول لا تبطل بالبيع فان بذره المشترى وزرعه فأكل الحالف من هذا الزرع فانه لا يحنث لان الاضافة بالزرع انما تكون الى الثانى دون الاول وعلى هذا لو حلف لا يأكل من طعام يصنعه فلان أو من خبز يخبزه فلان فتناسخته الباعة ثم أكل الحالف منه فانه يحنث لانه يقال هو من خبز فلان ومن طبيخه وان باعه وكذلك لو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسج فلان ثوبا فباعه لان البيع لا يبطل الاضافة ولو كان ثوب خز فنقض ونسجه آخر ثم لبسه الحالف لم يحنث لان النسج الثانى أبطل الاضافة الاولى ولو حلف لا يشترى ثوبا مسه فلان فمس فلان ثوبا وتناسخته الباعة فانه يحنث اذا اشتراه لان الاضافة بالمس لا تبطل البيع فصار كانه قال لا أشترى ثوبا كان فلان مسه وقال بشر عن أبى يوسف فى رجل حلف أن لا يأكل من هذه

الدراهم فاشترى بها طعاما فأكله حنث وان بدلها بغيرها واشترى مما أبدل طعاما فأكله لم يحنث لان الدراهم بعينها
لا تحتمل الاكل وانما أكلها في المتعارف أكل ما يشترى بها ولما اشترى ببدلها لم يوجد أكل ما اشترى بها
فلا يحنث وكذلك لو حلف لا يأكل من ثمن هذا العبد فاشترى بثمنه طعاما فأكله ولو حلف لا يأكل من ميراث أبيه
شيأ وأبوه حي فمات أبوه فورث منه مالا فاشترى به طعاما فأكله ففي القياس ينبغي ان لا يحنث لان الطعام المشترى
ليس بميراث وفي الاستحسان يحنث لان المواريث هكذا تؤكل ويسمى ذلك أكل الميراث عرفا وعادة فان
اشترى بالميراث شيأ فاشترى بذلك الشيء طعاما فأكله لم يحنث لانه مشتر بكسبه وليس بمشتر بميراثه وقال أبو يوسف
في الميراث بعينه اذا حلف عليه فغيره واشترى به لم يحنث لما قلنا قال فان كان قال لا آكل ميراثا يكون لفلان فكيف
ما غيره فأكله حنث لان اليمين المطلقة تعتبر فيها الصفة المعتادة وفي العادة انهم يقولون لما ورثه الانسان انه ميراث
وان غيره وقال المعلى عن أبي يوسف اذا حلف لا يطعم فلانا مما ورث من أبيه شيأ فان كان ورث طعاما فأطعمه
منه حنث فان اشترى بذلك الطعام طعاما فأطعمه منه لم يحنث لان اليمين وقعت على الطعام الموروث فاذا باعه بطعام
آخر فالثاني ليس بموروث وقد أمكن حمل اليمين على الحقيقة فلا تحمل على المجاز وان كان ورث دراهم فاشترى بها
طعاما فأطعمه منه حنث لانه لا يمكن حمل اليمين على الحقيقة فحملت على المجاز وقال هشام سمعت محمدا يقول في رجل
معه دراهم حلف ان لا يأكلها فاشترى بها دنانير أو فلوسا ثم اشترى بالدنانير أو الفلوس طعاما فأكله لم يحنث فان حلف
لا يأكل هذه الدراهم فاشترى بها عرضا ثم باع ذلك العرض بطعام فأكل فانه لا يحنث لان العادة في قوله لا أشترى
بهذه الدراهم الامتناع من انفاقها في الطعام والنفقة تارة تكون بالابتياع وتارة بتصريفها بما ينفق فحملت اليمين على
العادة فاما ابتياع العروض بالدراهم فليس بنفقة في الطعام في العادة فلا تحمل اليمين عليه وهذا خلاف ما حكاه عن أبي
يوسف وقال ابن رستم فيمن قال والله لا آكل من طعامك وهو يبيع الطعام فاشترى منه فأكل حنث لان مثل
هذه اليمين يراد بها منع النفس عن الابتياع قال محمد ولو قال والله لا آكل من طعامك هذا الطعام بعينه فأهداه له فأكله
لا يحنث في قياس قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويحنث في قول محمد وهذا فرع اختلافهم فيمن قال لا أدخل دار فلان
هذه فباعها فلان ثم دخلها والمسئلة تجيء فيما بعد ان شاء الله تعالى قال محمد ولو حلف لا يأكل من طعامه فأكل من
طعام مشترك بينهما حنث لان كل جزء من الطعام يسمى طعاما فقد أكل من طعام المحلوف عليه وقال علي بن الجعد
وابن سماعة عن أبي يوسف في رجل حلف لا يأكل من غلة أرضه ولا نية له فأكل من ثمن الغلة حنث لان هذا في
العادة يراد به استغلال الارض فان نوى أكل نفس ما يخرج منه فأكل من ثمنه دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه
في القضاء قال القدوري وهذا على أصله فيمن حلف لا يشرب الماء ونوى الجنس انه لا يصدق في القضاء فاما على
الرواية الظاهرة فيصدق لانه نوى حقيقة كلامه وقال محمد في الجامع اذا حلف لا يأكل من هذه النخلة شيأ وأكل
من ثمرها أو جمارها أو طلعها أو بسرها أو الدبس الذي يخرج من رطبها فانه يحنث لان النخلة لا يتأتى أكلها فحملت
اليمين على ما يتولد منها والدبس اسم لما يسيل من الرطب لا المطبوخ منه ولو حلف لا يأكل من هذا الكرم شيأ
فأكل من عنبه أو زبيبه أو عصيره حنث لان المراد هو الخارج من الكرم اذ عين الكرم لا تحتمل الاكل كما في النخلة
بخلاف ما اذا نظر الى عنب فقال عبده حر ان أكل من هذا العنب فأكل من زبيبه أو عصيره انه لا يحنث لان العنب مما
تؤكل عينه فلا ضرورة الى الحمل على ما يتولد منه وكذلك لو حلف لا يأكل من هذه الشاة فأكل من لبنها أو زبدها
أو سمنها لم يحنث لان الشاة مأكولة في نفسها فأمكن حمل اليمين على أجزائها فيحمل عليها لا على ما يتولد منها قال محمد
ولو أكل من ناطف جعل من ثمر النخلة أو نبيذ نبذ من ثمرها لم يحنث لان كلمة من لابتداء الغاية وقد خرج هذا
محذوف الصبغة عن حال الابتداء فلم يتناوله اليمين ولو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل من زبده أو سمنه لم يحنث
لان اللبن مأكول بنفسه فتحمل اليمين على نفسه دون ما يتخذ منه والله عز وجل أعلم وأما الحلف على الشرب

فقد ذكرنا معنى الشرب انه ايصال ما لا يحتمله المضغ من المائعات الى الجوف حتى لو حلف لا يشرب فأكل لا يحنث كما لو حلف لا يأكل فشرب لا يحنث لان الاكل والشرب فعلان متغايران قال الله تبارك وتعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض عطف الشرب على الاكل والمعطوف غير المعطوف عليه واذا حلف لا يشرب ولا نية له فاى شراب شرب من ماء أو غيره يحنث لانه منع نفسه عن الشرب عاما وسواء شرب قليلا أو كثيرا لان بعض الشراب يسمى شرابا وكذا لو حلف لا يأكل طعاما فأكل شيأ يسيرا يحنث لان قليل الطعام طعام ولو حلف لا يشرب نبيذا فاى نبيذ شرب حنث لعموم اللفظ وان شرب سكرا لا يحنث لان السكر لا يسمى نبيذا لانه اسم لخمر التمر وهو الذى من ماء التمر اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف وكذا لو شرب فضيخا لانه لا يسمى نبيذا اذ هو اسم للمثلث يصب فيه الماء وكذا لو شرب عصيرا لانه لا يسمى نبيذا وان حلف لا يشرب مع فلان شرابا فشربا فى مجلس واحد من شراب واحد حنث وان كان الاناء الذى يشربان فيه مختلفا وكذا لو شرب الحالف من شراب وشرب الآخر من شراب غيره وقد ضمهما مجلس واحد لان المفهوم من الشرب مع فلان فى العرف هو ان يشربا فى مجلس واحد اتحد الاناء والشراب أو اختلفا بعد ان ضمهما مجلس واحد يقال شربنا مع فلان وشربنا مع الملك وان كان الملك يتفرد بالشرب من اناء فان نوى شرابا واحدا ومن اناء واحد يصدق لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو حلف لا يشرب من دجلة أو من الفرات قال أبو حنيفة لا يحنث ما لم يشرب منه كرعا وهو ان يضع فاه عليه فيشرب منه فان أخذ الماء بيده أو باناء لم يحنث وعند أبى يوسف ومحمد يحنث شرب كرعا أو باناء أو اغترف بيده وجه قولهما ان مطلق اللفظ ينصرف الى المتعارف عند أهل اللسان والمتعارف عندهم ان من رفع الماء من الفرات بيده أو بشئ من الاوانى انه يسمى شاربا من الفرات فيحمل مطلق الكلام على غلبة المتعارف وان كان مجازا بعد ان كان متعارفا كما لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر انه ينصرف ذلك الى ما يخرج من الشجرة من الثمر والى ما يطبخ فى القدر من الطعام كذلك ههنا ولابى حنيفة ان مطلق الكلام محمول على الحقيقة وحقيقة الشرب من الفرات هو ان يكرع منه كرعا لان كلمة من ههنا استعملت لابتداء الغاية بلا خلاف لتعذر حملها على التبعيض اذ الفرات اسم للنهر المعروف والنهر اسم لما بين ضفتى الوادى لا للماء الجارى فيه فكانت كلمة من ههنا لابتداء الغاية فتقتضى ان يكون الشرب من هذا المكان ولن يكون شربه منه الا وان يضع فاه عليه فيشرب منه وهو تفسير الكرع كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز ألا ترى انه لو شرب من اناء أخذ فيه الماء من الفرات كان شاربا من ذلك الاناء حقيقة لا من الفرات والماء الواحد لا يشرب من مكانين من كل واحد منهما حقيقة ولهذا لو قال شربت من الاناء لا من الفرات كان مصدقا ولو قال على القلب كان مكذبا فدل ان الشرب من الفرات هو الكرع منه وانه ممكن ومستعمل فى الجملة وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى قوما فقال هل عندكم من ماء بات فى شن والا كرعنا و يستعمله كثير فى زماننا من أهل الرساتيق على انه ان لم يكن فعلا مستعملا فذا لا يوجب كون الاسم منقولا عن الحقيقة بعد ان كان الاسم مستعملا فيه تسمية ونطقا كما لو حلف لا يأكل لحما فأكل لحم الخنزير انه يحنث وان كان لا يؤكل عادة لانطلاق الاسم عليه حقيقة تسمية ونطقا وبهذا تبين ان قلة الحقيقة وجودا لا يسلب اسم الحقيقة عن الحقيقة بخلاف ما اذا حلف لا يأكل من هذه الشجرة أو من هذا القدر لان ههنا كما لا يمكن جعل هذه الكلمة للتبعيض ما دخلت عليه لخروج الشجرة والقدر من ان يكون محلا للاكل لا يمكن جعلها لابتداء الغاية للاكل لان حقيقة الاكل لا تحصل من المكان بل من اليد لان المأكول مستمسك فى نفسه والاكل عبارة عن البلع عن مضغ ولا يتأتى فيه المضغ بنفسه فلم يمكن جعلها لابتداء الغاية فأضمر فيه ما يتأتى فيه الاكل وهو الثمرة فى الشجرة والمطبوخ فى القدر فكان من للتبعيض وههنا أمكن جعلها لابتداء الغاية لان الماء يشرب من مكان لا محالة لانعدام استمساكه فى نفسه اذ الشرب هو البلع من غير مضغ وما يمكن ابتلاعه من غير مضغ لا يكون له فى نفسه استمساك فلا بد من حامل له يشرب منه والله عز وجل أعلم ولو شرب من نهر يأخذ من

الفرات لم يحنث فى قولهم جميعا أما عنده فلا يشكل لان هذا النهر ليس بفرات فصار كما لو شرب من آنية وأما عندهما فلانهما يعتبران العرف والعادة ومن شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يعرف شاربا من الفرات لان الشرب من الفرات عندهما هو أخذ الماء المفضى الى الشرب من الفرات ولم يوجد ههنا لانه أخذ من نهر لا يسمى فراتا ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر أخذ الماء من الفرات فان شرب منه بالاغتراف بالآنية أو بالاستقاء براوية يحنث بالاجماع وان كرع منه يحنث فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يحنث ووجهه ان النهر لما أخذ الماء من الفرات فقد صار مضافا اليه فانقطعت الاضافة الى الفرات ووجه ظاهر الرواية انه منع نفسه عن شرب جزء من ماء الفرات لان كلمة من دخلت فى الماء صلة للشرب وهو قابل لفعل الشرب فكانت للتجزئة وبالدخول فى نهر انشعب من الفرات لا تنقطع اليه النسبة كما لا تنقطع بالاغتراف بالآنية والاستقاء بالراوية ألا ترى ان ماء زمزم ينقل الينا ونتبرك به ونقول شربنا من ماء زمزم ولو حلف لا يشرب من ماء دجلة فهذا وقوله لا أشرب من دجلة سواء لانه ذكر الشرب من النهر فكان على الاختلاف وروى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يشرب من نهر يجرى ذلك النهر الى دجلة فاخذ من دجلة من ذلك الماء فشربه لم يحنث لانه قد صار من ماء دجلة لزوال الاضافة الى النهر الاول بحصوله فى دجلة ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فهو على الاختلاف حتى لو اغترف من مائه فى اناء آخر فشرب لم يحنث حتى يضع فاه على الجب فى قول أبى حنيفة وعندهما يحنث ومن مشايخنا من قسم الجواب فى الجب فقال ان كان ملآن فهو على الاختلاف لان الحقيقة مقصورة الوجود وان كان غير ملآن فاغترف يحنث بالاجماع لعدم تصور الحقيقة فتنصرف يمينه الى المجاز ولو حلف لا يشرب من هذا الكوز انصرفت يمينه الى الحقيقة اجماعا لتصور الحقيقة عنده وعندهم للعرف فان نقل الماء من كوز الى كوز وشرب من الثانى لا يسمى شاربا من الكوز الاول وان حلف لا يشرب من ماء هذا الجب فاغترف منه باناء فشرب حنث بالاجماع لانه عقد يمينه على ماء ذلك الجب وقد شرب من مائه فان حول ماءه الى جب آخر فشرب منه فالكلام فيه كالكلام فيمن حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ الماء من الفرات وقد مر ولو قال لا أشرب من ماء هذا الجب فالكلام فيه كالكلام فى قوله لا أشرب من ماء دجلة وقد ذكرناه ولو حلف لا يشرب من هذه البئر أو من مائها فاستقى منها وشرب حنث لان الحقيقة غير متصورة الوجود فيصرف الى المجاز وقالوا فيمن حلف لا يشرب من ماء المطر فمدت الدجلة من المطر فشرب لم يحنث لانه اذا حصل فى الدجلة انقطعت الاضافة الى المطر فان شرب من ماء واد سال من المطر لم يكن فيه ماء قبل ذلك أو ماء من ماء مطر مستنقع فى قاع حنث لانه لما لم يضف الى نهر بقيت الاضافة الى المطر كما كانت ولو حلف لا يشرب من ماء فرات فشرب من ماء دجلة أو نهر آخر أو بئر عذبة يحنث لانه منع نفسه من شرب ماء عذب اذ الفرات فى اللغة عبارة عن العذب قال الله عز وجل وأسقيناكم ماء فراتا ولما أطلق الماء ولم يضفه الى الفرات فقد جعل الفرات نعتا للماء وقد شرب من الماء المنعوت فيحنث وفى الفصل الاول أضاف الماء الى الفرات وعرف الفرات بحرف التعريف فيصرف الى النهر المعروف المسمى بالفرات (وأما) الحلف على الذوق فالذوق هو ايصال المذوق الى الفم ابتلعه أولا بعد ان وجد طعمه لانه من أحد الحواس الخمس الموضوعة للعلم بالمذوقات كالسمع والبصر والشم واللمس للعلم بالمسموعات والمبصرات والمشمومات والملموسات والعلم بالطعم يحصل بحصول الذوق فى فمه سواء ابتلعه أو مجه فكل أكل فيه ذوق وليس كل ذوق أكلا اذا عرف هذا فنقول اذا حلف لا يذوق طعاما أو شرابا فادخله فى فيه حنث لحصول الذوق لوجود معناه وهو ما ذكرنا فان قال أردت بقولى لا أذوق لا آكله ولا أشربه دين فيما بينه وبين الله عز وجل ولا يدين فى القضاء لانه قد يراد بالذوق الاكل والشرب يقال فى العرف ما ذقت اليوم شيأ وما ذقت الا الماء ويراد به الاكل والشرب فاذا نوى ذلك لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالى حتى يأكل أو يشرب لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق فى القضاء لعدوله عن الظاهر قال هشام وسألت محمدا عن رجل حلف

لا يذوق فى منزل فلان طعاما ولا شرابا فذاق منه شيأ أدخله فاه ولم يصل الى جوفه فقال محمد هذا على الذوق الا ان يكون تقدم كلام قلت فان كان قال له المحلوف عليه تغد عندى اليوم فحلف لا يذوق فى منزله طعاما ولا شرابا فقال محمد هذا على الاكل ليس على الذوق وانما كان كذلك لما بينا ان حقيقة الذوق هى اكتساب سبب العلم بالمذوق وقد يستعمل ذلك فى الاكل والشرب فان تقدمت هناك دلالة حال خرج الكلام عليه حملت اليمين عليها والا عملت بحقيقة اللفظ ولو حلف لا يذوق الماء فتمضمض للصلاة لا يحنث وان حصل له العلم بطعم الماء لان ذلك لا يسمى ذوقا عرفا وعادة اذ المقصود منه التطهير لا معرفة طعم المذوق ولو حلف لا يأكل طعاما أو لا يشرب شرابا أو لا يذوق ونوى طعاما دون طعام أو شرابا دون شراب فجملة الكلام فى هذا ان الحالف لا يخلو اما ان ينوى تخصيص ما هو مذكور واما ان نوى تخصيص ما ليس بمذكور فان نوى تخصيص ما هو مذكور بان ذكر لفظا عاما وأراد به بعض ما دخل تحت اللفظ العام من حيث الظاهر يصدق فيما بينه و بين الله تعالى ولا يصدق فى القضاء لان التكلم بالعام على ارادة الخاص جائز الا انه خلاف الظاهر لان اللفظ وضع دلالة على العموم والظاهر من اللفظ الموضوع دلالة على العموم فى اللغة ارادة العموم فكان نية الخصوص خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وان نوى تخصيص ما ليس بمذكور لا يصدق فى القضاء ولا فيما بينه و بين الله عز وجل سواء كان التخصيص راجعا الى الذات أو الى الصفة أو الى الحال لان الخصوص والعموم من صفات الالفاظ دون المعانى فغير الملفوظ لا يحتمل التعميم والتخصيص والتقييد فاذا نوى التخصيص فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فلم تصح نيته رأسا واذا عرف هذا فتخرج عليه مسائل اذا قال ان أكلت طعاما أو شربت شرابا أو ان ذقت طعاما أو شرابا فعبدى حر وقال عنيت اللحم أو الخبز فأكل غيره لا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى التخصيص من اللفظ المذكور فى موضع العموم كما بينا فيما تقدم ان قوله ان أكلت طعاما بمعنى قوله لا آكل طعاما فيتناول بظاهره كل طعام فاذا نوى به بعض الاطعمة دون بعض فقد نوى الخصوص فى اللفظ العام وانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل وان قال ان أكلت أو ذقت أو شربت فعبدى حر وهو ينوى طعاما بعينه أو شرابا بعينه فأكل أو شرب غيره فان عبده يعتق فى القضاء وفيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى التخصيص من غير المذكور اذ الطعام والشراب ليسا بمذكورين بل يثبتان بطريق الاقتضاء والمقتضى لا عموم له وعند الشافعى يدين فيما بينه و بين الله عز وجل و يزعم ان للمقتضى عموما والصحيح قولنا لما ذكرنا ان العموم والخصوص من صفات الموجود دون المعدوم اذ المعدوم لا يحتمل الصفة حقيقة الا انه يجعل موجودا بطريق الضرورة لصحة الكلام فيبقى فيما وراءه على حكم العدم وأما التخصيص الراجع الى الصفة والحال فنحو ما حكى بشر عن أبى يوسف فى رجل قال والله لا أكلم هذا الرجل وهو قائم وعنى به ما دام قائما لكنه لم يتكلم بالقيام كانت نيته باطلة وحنث ان كلمه لان الحال والصفة ليست بمذكورة فلا تحتمل التخصيص ولو حلف لا يكلم هذا القائم يعنى به ما دام قائما وسعه فيما بينه و بين الله تعالى لورود التخصيص على الملفوظ وكذلك اذا قال والله لاضربن فلانا خمسين وهو ينوى بسوط بعينه فبأى سوط ضربه فقد خرج عن يمينه والنية باطلة لان آلة الضرب ليست بمذكورة فبطلت نية التخصيص ونظير هذا ما حكى ابن سماعة عن محمد فى رجل حلف وقال والله لا أتزوج امرأة وهو ينوى كوفية أو بصرية فقال ليس فى هذا نية فلا يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل ولا فى القضاء ولو قال والله لا أتزوج امرأة يعنى امرأة كان أبوها يعمل كذا وكذا فهذا كله لا تجوز فيه النية ولو قال والله لا أتزوج امرأة يعنى امرأة عربية أو حبشية قال هذا جائز يدين فيما نواه فقد جعل قوله عربية أو حبشية بيان النوع وقوله كوفية أو بصرية وصفا فجوز تخصيص النوع ولم يجوز تخصيص الوصف لان الصفة ليست بمذكورة والجنس مذكور وهو قوله امرأة لانه يتناول كل امرأة لانه فى موضع النفى فتعمل نيته فى نوع دون نوع لاشتمال اسم الجنس على الانواع وقال ابن سماعة عن محمد فى رجل قال والله لا أتزوج امرأة على ظهر الارض ينوى امرأة بعينها قال يصدق فيما بينه

و بين الله تعالى لان اللفظ عام يحتمل تخصيص جنس أفراد العموم الا أنه خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء قال ولو قال لا أشترى جارية ونوى مولدة فان نيته باطلة لأنه ليس بتخصيص نوع من جنس وانما هو تخصيص صفة فاشبه الكوفية والبصرية ولو قال والله لا آكل الطعام أو لا أشرب الماء أو لا أتزوج النساء فيمينه على بعض الجنس لما بينا فيما تقدم وان أراد به الجنس صدق لانه نوى حقيقة كلامه وأما الحلف على الغداء والعشاء فلابد من معرفة معنى الغداء والعشاء ومعرفة وقتهما أما الاول فالغداء والعشاء كل واحد منهما عبارة عن أكل ما يقصد به الشبع عادة فيعتبر فى ذلك العادة فى كل بلد فما كان غداء عندهم حملت اليمين عليه ولهذا قالوا فى أهل الحضر اذا حلفوا على ترك الغداء فشربوا اللبن لم يحنثوا لانهم لا يتناولون ذلك للشبع عادة ولو حلف البدوى فشرب اللبن حنث لان ذلك غداء فى البادية واذا حلف لا يتغدى فاكل غير الخبز من أرز أو تمر أو غيره حتى شبع لم يحنث ولم يكن ذلك غداء وكذلك اذا أكل لحما بغير خبز لم يحنث فى قول أبى يوسف ومحمد كذا ذكر الكرخى قال وقالا ليس الغداء فى مثل الكوفة والبصرة الا على الخبز والمرجع فى هذا الى العادة فما كان غداء معتادا عند الحالف حنث والا فلا وروى هشام عن أبى حنيفة فى أكل الهريسة والارز انه يحنث وروى عن أبى يوسف فى الهريسة والفالوذج والخبيص انه لا يحنث الا أن يكون ذلك غداءه والأصل ان غداء كل بلد ما تعارفونه غداء فيعتبر عادة الحالف فيما يحلف عليه فان كان الحالف كوفيا يقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على السويق وفى بلادنا يقع على خبز الحنطة وأما الثانى فنقول وقت الغداء من طلوع الفجر الى وقت الزوال لأن الغداء عبارة عن أكل الغدوة وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة والعشاء من وقت الزوال الى نصف الليل لانه مأخوذ من أكل العشية وأول أوقات العشاء ما بعد الزوال وقد روى ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى صلاتى العشاء ركعتين يريد الظهر والعصر وفى عرف ديارنا العشاء ما بعد وقت صلاة العصر وأما السحور فما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر لانه مأخوذ من السحر وهو وقت السحر ولم يذكر فى ظاهر الرواية مقدار الغداء والعشاء وقد روى ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال لامته ان لم تتعشى الليلة فعبدى حر فأكلت لقمة واحدة لم تزد عليها فليس هذا بعشاء ولا يحنث حتى تأكل أكثر من نصف شبعها لان من أكل لقمة يقول فى العادة ما تغديت ولا تعشيت فاذا أكل أكثر أكله يسمى ذلك غداء فى العادة وروى المعلى عن محمد فيمن حلف ليأتينه غدوة انه اذا أتاه بعد طلوع الفجر الى نصف النهار فقد بر وهو غدوة لما ذكرنا ان هذا وقت الغداء ولو قال ليأتينه ضحوة فهو من بعد طلوع الشمس من الساعة التى تحل فيها الصلاة الى نصف النهار لان هذا وقت صلاة الضحى قال محمد اذا حلف لا يصبح فالتصبيح عندى ما بين طلوع الشمس و بين ارتفاع الضحى الاكبر فاذا ارتفع الضحى الاكبر ذهب وقت التصبيح لان التصبيح تفعيل من الصباح والتفعيل للتكثير فيقتضى زيادة على ما يفيده الاصباح وروى المعلى عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فليكلمه لان وقت السحر ما قرب من الفجر قال هشام عن محمد والمساء مساآن أحدهما اذا زالت الشمس ألا ترى انك تقول اذا زالت الشمس كيف أمسيت والمساء الاخير اذا غربت الشمس فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى كان ذلك على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المساء الاول فيحمل على الثانى والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على اللبس والكسوة اذا حلف لا يلبس قميصا أو سراويل أو رداء فاتزر بالسراويل أو القميص أو الرداء لم يحنث وكذا اذا اعتم بشئ من ذلك لان المطلق تعتبر فيه العادة والاتزار والتعمم ليس بمعتاد فى هذه الاشياء فلا يحنث ولو حلف لا يلبس هذا القميص أو هذا الرداء فعلى أى حال لبس ذلك حنث وان اتزر بالرداء وارتدى بالقميص أو اغتسل فلف القميص على رأسه وكذلك اذا حلف لا يلبس هذه العمامة فالقاها على عاتقه لأن اليمين اذا تعلقت بعين اعتبر فيها وجود الاسم ولا تعتبر فيها الصفة المعتادة لأن الصفة فى الحاضر غير معتبرة

والاسم باق وهذا لبس معتاد فيحنث به ولو حلف لا يلبس حريرا فلبس مصمتا لم يحنث لان الثوب ينسب الى اللحمة دون السداء لانها هي الظاهر منه والسداء ليس بظاهر ونظير مسائل الباب ما قال في الجامع فيمن حلف لا يلبس قميصين فلبس قميصا ثم نزعه ثم لبس آخر فانه لا يحنث حتى يلبسهما معا لان المفهوم من لبس القميصين في العرف هو ان يجمع بينهما ولو قال والله لا ألبس هذين القميصين فلبس أحدهما ثم نزعه ولبس الآخر حنث لان اليمين ههنا وقعت على عين فاعتبر فيها الاسم دون اللبس المعتاد وقالوا فيمن حلف لا يلبس شيأ ولا نية له فلبس درعا من حديد أو درع امرأة أو خفين أو قلنسوة انه يحنث لان ذلك كله يتناوله اسم اللبس ولو حلف لا يلبس سلاحا فتقلد سيفا أو تنكب قوسا أو ترسا لم يحنث لان هذا لا يسمى لبسا يقال تقلد السيف ولا يقال لبسه ولو لبس درعا من حديد أو غيره حنث لان السلاح هكذا يلبس وقالوا فيمن حلف لا يلبس قطنا فلبس ثوب قطن يحنث لان القطن لا يحتمل اللبس حقيقة فيحمل على لبس ما يتخذ منه فان لبس قباء ليس بقطن وحشوه قطن لم يحنث الا أن يعني الحشو لان الحشو ليس بملبوس فلا تتناوله اليمين فان لبس ثوبا من قطن وكتان حنث لان اليمين على القطن تتناول ما يتخذ منه وبعض الثوب يتخذ منه وروى بشر عن أبي يوسف في رجل حلف ليقطعن من هذا الثوب قميصا وسراويل فقطعه قميصا فلبسه ما شاء ثم قطع من القميص سراويل فلبسه فانه يبر في يمينه لان القميص يسمى ثوبا فقد قطع الثوب سراويل واسم الثوب لم يزل فلا يحنث وان حلف على قميص ليقطعن منه قباء وسراويل فقطع منه قباء فلبسه أو لم يلبسه ثم قطع من القباء سراويل فانه قد حنث في يمينه حين قطع القميص قباء لانه قطع السراويل مما لا يسمى قميصا ويمينه اقتضت أن يقطع السراويل من قميص لا من قباء وقال في الزيادات اذا قال عبده حر ان لم يجعل من هذا الثوب قباء وسراويل ولا نية له فجعله كله قباء وخاطه ثم نقض القباء وجعله سراويل فانه لا يحنث الا أن يكون عنى أن يجعل من بعضه هذا أو بعضه هذا وهو على الحالة الاولى وقال عمرو عن محمد في رجل حلف لا يلبس هذا الثوب فقطعه سراويلين فلبس سراويل بعد سراويل لا يحنث وقال محمد اذا صار سراويلين خرج من أن يكون ثوبا لان لبس الثوب المشار اليه يلبس جميعه دفعة واحدة وروى عن محمد أنه قال سمعت أبا يوسف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب فاتخذ منه قلانسوات فلبسها لم يحنث لانه لما قطعه قلانسوات لم يبق اسم الثوب لان القلنسوة لا تسمى ثوبا وان قطعه قميصا ففضل منه فضلة عن القميص رقعة صغيرة يتخذ منها لبنة أو ما أشبه ذلك فانه يحنث لان هذا القدر مما لا يعتد به فكان لابسا كمن حلف لا يأكل رمانة فأكلها الا حبة وكذا لو اتخذ من الثوب جوارب فلبسها لا يحنث لانه لما قطعه جوارب زال اسم الثوب عنها ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فقطع بعضه فلبسه فان كان لا يكون مقطع ازارا أو رداء لم يحنث فان بلغ ذلك حنث وان قطعه سراويل فلبسه حنث لان اسم الثوب انما يقع على ما تستر به العورة وأدنى ذلك الازار فما دونه ليس بلبس ثوب وكذا المرأة اذا حلفت لا تلبس ثوبا فلبست خمارا أو مقنعة لم يحنث والمراد بذلك الخمار الذي لم يبلغ مقدار الازار فاذا بلغ ذلك الازار حنث بلبسه وان لم تستر به العورة وكذلك اذا لبس الحالف عمامة لم يحنث الا أن يلف على رأسه ويكون قدر ازار أو رداء أو يقطع من مثلها قميصا أو درعا أو سراويل لان العمامة اذا لم تبلغ مقدار الازار فلابسها لا يسمى لابس ثوب فلم يحنث واذا بلغت مقدار الازار أو الرداء فقد لبس ما يسمى ثوبا الا أنه ليس في موضع مخصوص من بدنه فهو كما لو لبس القميص على رأسه ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوبا لم يحنث في التكة والزر والعروة واللبنة روى ذلك عن محمد لان هذا ليس بلبس في العادة ولا يقال لمن كان عليه لابس ثوب وقال أبو يوسف ان لبس رقعة في ثوب شبرا في شبر حنث لان هذا عنده في حكم الكثير فصار لابساله وقال محمد اذا حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث في العمامة والمقنعة ويحنث في السراويل وقد قالوا اذا حلف لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوب خز غزلته حنث لان ذلك ينسب الى الثوب فانه كان كساء من غزلها سداه قطن فان كان ذلك يسمى ثوبا حنث والا لم يحنث ولو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسجه غلمانه فان كان فلان يعمل بيده لم يحنث الا أن يلبس من

عمله وان كان فلان لا يعمل بيده حنث لان حقيقة النسج ما فعله الانسان بنفسه فان أمكن الحمل على الحقيقة يحمل عليها وان لم يمكن يحمل على المجاز فاذا كان فلان لا ينسج بيده لم تكن الحقيقة مرادة باليمين فيحمل على المجاز وهو الامر بالعمل وروى بشر عن أبي يوسف فيمن حلف لا يلبس شيأ من السواد قال هذا على ما يلبس مثله ولا يحنث فى التكة والزر والعروة لان ذلك ليس بلبس وان حلف لا يكسو فلانا شيأ ولا نية له فكساه قلنسوة أو خفين أو جوربين حنث لان الكسوة اسم لما يكسى به وذلك يوجد فى القليل والكثير وروى عمرو عن محمد اذا حلف لا يكسو امرأة فبعث اليها مقنعة قال لا يحنث فجعل الكسوة عبارة عما يجزئ فى كفارة اليمين وأجرى ذلك مجرى قوله لا ألبس ثوبا ولو حلف لا يكسو فلانا ثوبا فاعطاه دراهم يشترى بها ثوبا لم يحنث لانه لم يكسه وانما وهب له دراهم وشاوره فيما يفعل بها ولو أرسل اليه بثوب كسوة حنث لان الحقوق لا تتعلق بالرسول وانما تتعلق بالمرسل

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الركوب اذا حلف لا يركب دابة فهو على الدواب التى يركبها الناس فى حوائجهم فى مواضع اقامتهم فان ركب بعيرا أو بقرة لم يحنث والقياس أن يحنث فى ركوب كل حيوان لان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض قال الله تعالى وما من دابة فى الارض الا على الله رزقها وقال عز وجل ان شر الدواب عند الله الذين كفروا الا انهم استحسنوا وحملوا اليمين على ما يركبه الناس فى الامصار ولقضاء الحوائج غالبا وهو الخيل والبغال والحمير تخصيصا للعموم بالعرف والعادة لانا نعلم أنه ما أراد به كل حيوان فحملنا مطلق كلامه على العادة ومعلوم أن الفيل والبقرة والبعير لا يركب لقضاء الحوائج فى الامصار عادة فان نوى فى يمينه الخيل خاصة دين فيما بينه وبين الله عز وجل لان اللفظ يحتمله ولا يدين فى القضاء لانه خلاف ظاهر العموم وان حلف لا يركب فرسا فركب برذونا أو حلف لا يركب برذونا فركب فرسا لم يحنث لان الفرس عبارة عن العربى والبرذون عن الشهرى فصار كمن حلف لا يكلم رجلا عربيا فكلم عجميا ولو حلف لا يركب وقال نويت الخيل لا يصدق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله عز وجل لان الركوب ليس بمذكور فلا يحتمل التخصيص فان حلف لا يركب الخيل فركب برذونا أو فرسا يحنث لان الخيل اسم جنس قال الله عز وجل والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وقال صلى الله عليه وسلم الخيل فى نواصيها الخير الى يوم القيامة والمراد به الجنس فيعم جميع أنواعه ولو حلف لا يركب دابة وهو راكبها فمكث على حاله ساعة واقفا أو سائرا حنث لما ذكرنا أن الركوب يحتمل الابتداء ويتجدد أمثاله وكذلك لو حلف لا يلبس وهو لابس أو لا يجلس على هذا الفرش وهو جالس لما قلنا فان نزل عقيب يمينه أو نزع أو قام لم يحنث عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبد فلان وعليه دين أو لا دين عليه لا يحنث فى قول أبى حنيفة وعند محمد يحنث أما اذا كان عليه دين فلانه لا يملكها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف هى مضافة الى العبد دون المولى وأما اذا لم يكن عليه دين فهى مضافة الى العبد فلم يحنث وعند محمد هى ملك المولى حقيقة فيحنث بركوبها ولو حلف لا يركب مركبا ولا نوى شيأ فركب سفينة أو محملا أو دابة باكاف أو سرج حنث لوجود الركوب أما فى الدابة بالسرج والاكاف فلا شك فيه وأما فى السفينة فلان الله تعالى سمى ذلك ركوبا بقوله عز وجل وقال اركبوا فيها بسم الله مجريها والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الجلوس فاذا حلف لا يجلس على الارض فانه لا يحنث الا أن يجلس عليها وليس بينه وبينها غير ثيابه فان كان بينه وبين الارض حصير او بورى أو بساط أو كرسى أو شئ بسطه لم يحنث لان الجالس على الارض من باشر الارض ولم يحل بينه وبينها شئ هذا هو الجلوس على الارض حقيقة الا أن الجلوس عليها بما هو متصل به من ثيابه يسمى جلوسا على الارض عرفا واذا حال بينهما ما هو منفصل عنه من البساط والحصير لا يسمى جلوسا ألا ترى أنه يقال جلس على البساط والحصير لا على الارض فاذا حلف لا يجلس على هذا الفراش أو هذا الحصير أو هذا البساط فجعل عليه مثله ثم جلس لم يحنث لان الجلوس يضاف الى الثانى دون الاول ألا ترى ان الطنفسة اذا جعلت على البورى لا يقال جلس على البورى بل يقال جلس على الطنفسة وكذلك اذا جعل الفراش

على الفراش أو البساط على البساط وخالف أبو يوسف فى الفراش خاصة فقال اذا حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراشا آخر ونام عليه حنث لانهما جميعا مقصودان بالنوم لان ذلك انما يجعل لزيادة التوطئة وأجمعوا على أنه لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قراما أو محبسا حنث لان ذلك لا يمنع أن يقال نام على الفراش ولو حلف لا يجلس على هذا السرير أو على هذا الدكان أو لا ينام على هذا السطح فجعل فوقه مصلى أو فرشا أو بساطا ثم جلس عليه حنث لانه يقال جلس الامير على السرير وان كان فوقه فراش ويقال نام على السطح وان كان نام على فراش فلو جعل فوق السرير سريرا أو بنى فوق الدكان دكانا أو فوق السطح سطحا لم يحنث لان الجلوس يضاف الى الثانى دون الاول وقال محمد اذا كان نوى مباشرته وهى أن لا يكون فوقه شئ لم يدين فى القضاء يعنى به اذا حلف لا ينام على السرير فنام على فراش فوق السرير لانه نوى غير ظاهر كلامه ولو قال والله لا أنام على ألواح هذا السرير أو ألواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشا لم يحنث لانه ما نام على ألواح وذكر فى الاصل اذا حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها وفى رجله خف أو نعل يحنث لان المشى على الارض هكذا يكون عادة ألا ترى انه لم يجعل بينه وبينها ما هو منفصل عنه وان مشى على بساط لم يحنث لانه يقال مشى على البساط وجاء فى الشعر

نحن بنات طارق * نمشى على النمارق

ولو مشى على السطح حنث لانه يقال هذه أرض السطح ويقال لمن على السطح لا تنم على الارض

﴿فصل﴾ وأما الحلف على السكنى والمساكنة والايواء والبيتوتة أما السكنى فاذا حلف لا يسكن هذه الدار اما ان كان فيها ساكنا أو لم يكن فان لم يكن فيها ساكنا فالسكنى فيها أن يسكنها بنفسه وينقل اليها من متاعه ما يتأثث به ويستعمله فى منزله فاذا فعل ذلك فهو ساكن وحانث فى يمينه لان السكنى هى الكون فى المكان على طريق الاستقرار فان من جلس فى المسجد وبات فيه لا يسمى ساكن المسجد ولو أقام فيه بما يتأثث به يسمى به فدل ان السكنى ما ذكرنا وذلك انما يكون بما يسكن به فى العادة وذلك ما قلنا وان كان فيها ساكنا فحلف لا يسكنها فانه لا يبر حتى ينتقل عنها بنفسه وأهله وولده الذين معه ومتاعه ومن كان يأويها لخدمته والقيام بامره فى منزله فان لم يفعل ذلك ولم يأخذ فى النقلة من ساعته وهى ممكنة حنث ههنا ثلاثة فصول أحدها اذا حلف لا يسكن فانتقل باهله ومتاعه فى الحال لم يحنث فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يحنث وهو على الخلاف الذى ذكرنا فى الراكب حلف لا يركب واللابس حلف لا يلبس فنزل ونزع فى الحال وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم والثانى اذا انتقل بنفسه ولم ينتقل باهله ومتاعه قال أصحابنا يحنث وقال الشافعى لا يحنث وجه قوله ان شرط حنثه سكناه ولم يسكن فلا يحنث كما لو حلف لا يسكن فى بلد فخرج بنفسه وترك أهله فيه وقال الشافعى محتجا علينا اذا خرجت من مكة وخلفت دفيترات بها أفأكون ساكنا بمكة ولنا ان سكنى الدار انما يكون بما يسكن به فى العادة لما ذكرنا انه اسم للكون على وجه الاستقرار ولا يكون الكون على هذا الوجه الا بما يسكن به عادة فاذا حلف لا يسكنها وهو فيها فالبر فى ازالة ما كان به ساكنا فاذا لم يفعل حنث وهذا لانه بقوله لا أسكن هذه الدار فقد منع نفسه عن سكنى الدار وكره سكناها لمعنى يرجع الى الدار والانسان كما يصون نفسه عما يكره يصون أهله عنه عادة فكانت يمينه واقعة على السكنى وما يسكن به عادة فاذا خرج بنفسه وترك أهله ومتاعه فيه ولم يوجد شرط البر فيحنث والدفاتر لا يسكن بها فى الدور عادة فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنى فهذا كان تشنيعا فى غير موضعه ولان من حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه وأهله ومتاعه فيها يسمى فى العرف والعادة ساكن الدار ألا ترى انه اذا قيل له وهو فى السوق أين تسكن يقول فى موضع كذا وان لم يكن هو فيه وبهذا فارق البلد لانه لا يقال لمن بالبصرة انه ساكن بالكوفة والثالث انه اذا انتقل بنفسه وأهله وماله ومتاعه وترك من أثاثه شيأ يسيرا قال أبو حنيفة يحنث وقال أبو يوسف اذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتا ولا بعض الدار لا يحنث ولست أجد فى هذا حدا وانما هو على الاستحسان وعلى ما يعرفه الناس وقيل معنى قول أبى حنيفة اذا ترك

شيئا

شيأ يسيرأيعني مالا يعتدبه ويسكن بمثله فاما اذا خلف فيها وتدا أومكنسة لم يحنث لابي يوسف ان اليسير من الاثاث لا يعتدبه لانه يسكن بمثله فصار كالوتد ولابي حنيفة ان شرط البر ازالة مابه صار ساكنا فاذا بقي منه شيء لم يوجد شرط البر بكماله فيحنث فان منع من الخروج والتحول بنفسه ومتاعه وأوقعوه وقهر وه لا يحنث وان أقام على ذلك أياما لانه ما يسكنها بل أسكن فيها فلا يحنث ولان البقاء على السكنى يجري مجرى الابتداء ومن حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج الدار فحمل اليها مكرها لم يحنث كذا البقاء اذا كان باكراه وقال محمد اذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فمكث في طلب المنزل أياما ثلاثا فلم يجد ما يستأجره وكان يمكنه ان يخرج من المنزل ويضع متاعه خارج الدار لا يحنث لان هذا من عمل النقلة اذ النقلة محمولة على العادة والمعتاد هو الانتقال من منزل الى منزل ولانه مادام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال كما لو خرج يطلب من يحمل رحله وقال محمد ان كان الساكن موسرا وله متاع كثير وهو يقدر على انه يستأجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل وجعل ينقل بنفسه الاول فالاول فمكث في ذلك سنة قال ان كان النقلان لا يفترانه لا يحنث لان الحنث يقع بالاستقرار بالدار والمتشاغل بالانتقال غير مستقر ولانه لا يلزمه الانتقال على أسرع الوجوه ألا يرى انه بالانتقال المعتاد لا يحنث وان كان غيره أسرع منه فان تحول ببدنه وقال ذلك أردت فان كان حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه وان كان حلف وهو غير ساكن وقال نويت الانتقال ببدني دين لانه نوى ما يحتمله وفيه تشديد على نفسه وأما المساكنة فاذا كان رجل ساكنا مع رجل في دار فحلف أحدهما ان لا يساكن صاحبه فان أخذ في النقلة وهي ممكنة والا حنث والنقلة على ما وصفت لك اذا كان ساكنا في الدار فحلف لا يسكنها لان المساكنة هي ان يجمعهما منزل واحد فاذا لم ينتقل في الحال فالبقاء على المساكنة مساكنة فيحنث فان وهب الحالف متاعه للمحلوف عليه أو أودعه أو أعاره ثم خرج في طلب منزل فلم يجد منزلا أياما ولم يأت الدار التي فيها صاحبه قال محمد ان كان وهب له المتاع وقبضه منه وخرج من ساعته وليس من رأيه العود اليه فليس بساكن له فلا يحنث وكذلك ان أودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود الى ذلك المنزل وكذلك العارية لانه اذا وهبه وأقبضه وخرج فليس بساكن اياه بنفسه ولا عاله واذا أودعه فليس بساكن به فلا يحنث وكذلك ان أودعه المتاع ثم خرج وانما هو في يد المودع وكذلك اذا أعاره فلا يحنث ولو كان له في الدار زوجة فراودها على الخروج فابت وامتنعت وحرص على خروجها واجتهد فلم تفعل فانه لا يحنث اذا كانت هذه حالها لانه لو بقي هو في الدار مكرها لم يحنث لعدم اختياره السكنى به فكذا اذا بقي ما يسكن به بغير اختياره واذا حلف لا يساكن فلانا فساكنه في عرصة دار أو بيت أو غرفة حنث لان المساكنة هي القرب والاختلاط فاذا سكنها في موضع يصلح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه فيحنث فان ساكنه في دار هذا في حجرة وهذا في حجرة أو هذا في منزل وهذا في منزل حنث الا أن يكون دارا كبيرة قال أبو يوسف مثل دار الرقيق ونحوها ودار الوليد بالكوفة فانه لا يحنث وكذا كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل وقال هشام عن محمد اذا حلف لا يساكن فلانا ولم يسم دارا فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة لم يحنث الا ان يساكنه في حجرة واحدة قال هشام قلت فان حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة قال يحنث لمحمد ان الحجرتين المختلفتين كالدارين بدليل ان السارق من احداهما اذا نقل المسروق الى الاخرى قطع وليس كذلك اذا حلف لا يساكنه في دار لانه حلف على ان لا يجمعهما دار واحدة وقد جمعتهما وان كانا في حجرها ولابي يوسف ان المساكنة هي الاختلاط والقرب فاذا كانا في حجرتين في دار صغيرة فقد وجد القرب فهو كبيتين من دار وان كانا في حجرتين من دار عظيمة فلا يوجد القرب فهو كدارين في محلة فان سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت وقد حلف لا يساكنه ولم يسم دارا حنث في قولهم لان بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد ألا ترى ان السارق لو نقل المسروق

من أحد البيتين الى الآخر لم يقطع وقال أبو يوسف فان ساكنه فى حانوت فى السوق يعملان فيه عملا أو يبيعان فيه تجارة فانه لا يحنث وانما اليمين على المنازل التى هى المأوى وفيها الاهل والعيال فاما حوانيت البيع والعمل فليس يقع اليمين عليها الا انه ينوى أو يكون بينهما قبل اليمين بدل يدل عليها فتكون اليمين على ما تقدم من كلامهما ومعانيهما لان السكنى عبارة عن المكان الذى يأوى اليه الناس فى العادة ألا ترى انه لا يقال فلان يسكن السوق وان كان يتجر فيها فانه جعل السوق مأواه قيل انه يسكن السوق فان كان هناك دلالة تدل على انه أراد باليمين ترك المساكنة فى السوق حملت اليمين على ذلك وان لم يكن هناك دلالة فقال نويت المساكنة فى السوق أيضا فقد شدد على نفسه قالوا اذا حلف لا يساكن فلانا بالكوفة ولا نية له فسكن أحدهما فى دار والآخر فى دار أخرى فى قبيلة واحدة أو محلة واحدة أو درب فانه لا يحنث حتى تجمعهما السكنى فى دار لان المساكنة هى المقاربة والمخالطة ولا يوجد ذلك اذا كانا فى دارين وذكر الكوفة لتخصيص اليمين بها حتى لا يحنث بمساكنته فى غيرها فان قال نويت ان لا أسكن الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة صدق لانه شدد على نفسه وكذلك اذا حلف لا يساكنه فى الدار فاليمين على المساكنة فى دار واحدة على ما بينا ولو ان ملاحاً حلف لا يساكن فلانا فى سفينة واحدة ومع كل واحد منهما أهله ومتاعه واتخذها منزله فانه يحنث وكذلك أهل البادية اذا جمعتهم خيمة وان تفرقت الخيام لم يحنث وان تقاربت لان السكنى محمولة على العادة وعادة الملاحين السكنى فى السفن وعادة أهل البادية السكنى فى الاخبية فتحمل يمينهم على عاداتهم واما الايواء فاذا حلف لا يأوى مع فلان أو لا يأوى فى مكان أو دارا وفى بيت فالايواء الكون ساكنا فى المكان فاوى مع فلان فى مكان قليلا كان المكث أو كثيرا ليلا كان أو نهارا حنث وهو قول أبى يوسف الاخير وقول محمد الا ان يكون نوى أكثر من ذلك يوما أو أكثر فيكون على ما نوى وروى ابن رستم فى رجل حلف بالطلاق لا يأويه وفلانا بيت وذلك لان الايواء عبارة عن المصير فى الموضع قال الله عز وجل سآوى الى جبل يعصمنى من الماء أى ألتجئ وذلك موجود فى قليل الوقت وكثيره وقد كان قول أبى يوسف الاول ان الايواء مثل البيتوتة وانه لا يحنث حتى يقيم فى المكان أكثر الليل لانهم يذكرون الايواء كما يذكرون البيتوتة فيقولون فلان يأوى فى هذه الدار كما يقولون يبيت فيها وأما اذا نوى أكثر من ذلك فالامر على ما نوى لان اللفظ محتمل فانهم يذكرون الايواء ويريدون به السكنى والمقام وقد روى ابن رستم عن محمد فى رجل قال ان آوانى واياك بيت أبدا على طرفة عين فى قول أبى يوسف الاخير وقولنا الا ان يكون نوى أكثر من ذلك يوما أو أكثر فالامر على ما نوى لان اللفظ يوما أو أكثر وقال ابن سماعة عن أبى يوسف اذا حلف لا يأوى فلانا وقد كان المحلوف عليه فى عيال الحالف ومنزله لا يحنث الا ان يعيد المحلوف عليه مثل ما كان عليه وان لم يكن المحلوف عليه فى عيال الحالف فهذا على نية الحالف ان نوى ان لا يعوله فهو كما نوى وكذلك ان نوى لا يدخله عليه بيته لان قوله لا يأويه يذكر ويراد به ضمه الى نفسه ومنزله وقد يراد به القيام بامره فان كان فى اللفظ دليل على شئ والا يرجع الى نيته فان دخل المحلوف عليه بغير اذنه فرآه فسكت لم يحنث لانه حلف على فعل نفسه فاذا لم يأمره لم يوجد فعله وقال عمر وعن محمد الايواء عند البيتوتة والسكنى فان نوى المبيت فهو على ذهاب الاكثر من الليل وان لم ينو شيأ فهو على ذهاب ساعة (وأما) البيتوتة فاذا حلف لا يبيت مع فلان أو لا يبيت فى مكان كذا فالمبيت بالليل حتى يكون فيه أكثر من نصف الليل واذا كان أقل لم يحنث وسواء نام فى الموضع أو لم ينم لان البيتوتة عبارة عن الكون فى مكان أكثر من نصف الليل الا يرى أن الانسان يدخل على غيره ليلا يقيم عنده قطعة من الليل ولا يقال بات عنده واذا أقام أكثر الليل يقال بات عنده ويقال فلان بائت فى منزله وان كان فى أول الليل فى غيره ولا يعتبر النوم لان اللفظ لا يقتضيه لغة كما لا يقتضى اليقظة فلم يكن شرطا فيه وقال ابن رستم عن محمد فى رجل حلف لا يبيت الليلة فى هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل ثم بات بقية الليل قال لا يحنث لان البيتوتة اذا كانت تقع على أكثر الليل فقد حلف على ما لا يتصور فلا تنعقد يمينه والله عز وجل أعلم

(فصل)

﴿فصل﴾ وأما الحلف على الاستخدام فاذا حلف الرجل لا يستخدم خادمة له قد كانت تخدمه ولا نية له فجعلت الخادمة تخدمه من غير ان يأمرها حنث لانه لما مكنها من الخدمة فقد تركها على الاستخدام السابق ولانه لما لم يمنعها فقد استخدمها دلالة وان لم يستخدم نصا صريحا ولو كان الحالف على خادمة لا يملكها فخدمته بغير أمره لا يحنث لعدم سبق الاستخدام ليكون التمكين من الخدمة ابقاء لها على الاستخدام ولتعذر جعل التمكين دلالة الاستخدام لان استخدام جارية الغير بغير اذنه محظور فلا يكون اذنا به من طريق الدلالة فهو الفرق حتى لو كان نهى خادمته التي كانت تخدمه عن خدمته ثم خدمته بغير أمره قيل لم يحنث لانه بالتمكين قطع استخدامها السابق فقد وجد منها بغير استخدام فلا يحنث ولو حلف لا تخدمه فلانة فخدمته بغير أمره أو بأمره وهي خادمته أو خادمة غيره حنث لانه عقد اليمين على فعلها وهو خدمتها لا على فعله وهو استخدامه وقد خدمته وكل شيء من عمل بيته فهو خدمته لان الخدمة عبارة عن عمل البيت الذي يحتاج اليه في الغالب ولو حلف لا يستخدم خادمة لفلان فسألها وضوأ أو شرابا أو أومأ اليها ولم يكن له نية حين حلف حنث ان فعلت ذلك أو لم تفعل الا أن يكون نوى حين حلف ان لا يستعين بها فتعينه فلا يحنث حتى تعينه لانه عقد يمينه على فعله وهو الاستخدام وقد استخدم وان لم تجبه فان عنى ان تخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى وان حلف لا يخدمني خادم لفلان فهو على الجارية والغلام والصغير الذي يخدم والكبير في ذلك سواء لان اسم الخادم يجمع الذكر والانثى والصغير والكبير اذا كان الصغير ممن يقدر على الخدمة والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الحلف على المعرفة فاذا حلف على انسان انه لا يعرفه وهو يعرفه بوجهه لكنه لا يعرف اسمه فقد بر في يمينه ولا يحنث لانه اذا لم يعرف اسمه لم يعرفه بدليل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سأل رجلا عن رجل وقال له هل تعرفه فقال الرجل نعم فقال هل تدري ما اسمه فقال لا فقال انك لم تعرفه ولانه اذا لم يعرفه باسمه وان عرفه بوجهه لم يكن عارفا به على الاطلاق بل من وجه دون وجه ومن شرط حنثه المعرفة على الاطلاق ولم توجد فلا يحنث وقال خلف بن أيوب عن محمد في رجل تزوج امرأة ودخل بها ولا يدري ما اسمها فحلف أنه لا يعرفها قال لا يحنث لما بينا ولو أن رجلا ولد له مولود فأخرجه الى جاره ولم يكن سماه بعد فحلف جاره هذا انه لا يعرف هذا الصبي لا يحنث لان معرفته بمعرفة اسمه فلا يعرف قبل التسمية

﴿فصل﴾ وأما الحلف على أخذ الحق وقبضه وقضائه واقتضائه اذا حلف الرجل ليأخذن من فلان حقه أو ليقبضن من فلان حقه فأخذه منه بنفسه أو أخذه من وكيله أو أخذه من ضامن عنه أو محتال عليه بأمر المطلوب بر لان حقوق القضاء لا ترجع الى الفاعل فترجع الى الآمر فكأن قبض وكيل الطالب قبضه معنى وكذا القبض من وكيل المطلوب أو كفيله أو المحتال بأمره عليه قبضا منه من حيث المعنى ولو قبض من رجل بغير أمر المطلوب أو كانت الكفالة أو الحوالة بغير أمره حنث في يمينه ولم يبر لانه لم يقبض من المطلوب حقه حقيقة في الوجهين جميعا الا أنه جعل قابضا عنه معنى في موضع الامر وجعل القبض من الغير كالقبض منه فاذا لم يكن ذلك بأمره لم تكن اضافته اليه ولهذا لم يرجع الى الدافع اليه بما أعطاه فلم يوجد منه قبض حقه فلم يبر وكذلك لو كان الحالف هو الذي عليه المال فحلف ليقضين فلانا حقه أو ليعطين فأعطاه بنفسه أو برسول أو باحالة أو أمر من ضمنه له فأخذه الطالب بر الحالف في يمينه لان حقوق القضاء لا تتعلق بالفاعل فتتعلق بالآمر فكان هو القاضي والمعطي من حيث المعنى ولو كان ذلك بغير أمره حنث الحالف لانه لم يقض حقه ولا أعطاه أصلا ورأسا الا ترى انه لا يرجع الدافع اليه وان قال الحالف في هذين الوجهين أردت ان يكون ذلك بنفسي كان كما قال فان لم يفعل ذلك بنفسه حنث لانه شدد على نفسه وان كان المطلوب حلف ان لا يعطيه فأعطاه على أحد هذه الوجوه حنث فان قال انما أردت ان لا أعطيه أنا بنفسي لم يدين في القضاء ودين فيما بينه وبين الله تعالى لان العطاء بفعله وبفعل غيره سواء في القصد فتناوله اليمين فاذا نوى ان لا يعطيه بنفسه

فقد نوى خلاف الظاهر وأراد التخفيف على نفسه فلا يصدق فى القضاء ولو أخذ به ثوبا أو عرضا فقبض العرض فهو بمنزلة القبض للمال لانه يصير مستوفيا بأخذ العوض كما يصير مستوفيا بأخذ نفس الحق ولو حلف الطالب ليأخذن ماله منه أو ليقضينه أو ليستوفينه ولم يوقت وقتا فأبرأه من المال أو وهبه له حنث فى يمينه لان الابراء ليس بقبض ولا استيفاء ففات شرط البر فحنث ولو كان وقت وقتا فقال اليوم أو الى كذا وكذا فأبرأه قبل ذلك أو وهبه له لم يحنث عند أبى حنيفة ومحمد اذا جاوز ذلك الوقت وعند أبى يوسف يحنث بناء على أن اليمين الموقتة يتعلق انعقادها بآخر الوقت عندهما فكأنه قال فى آخر الوقت لاقبضن منه دينى ولا دين عليه فلا تنعقد اليمين عندهما وتنعقد عند أبى يوسف فيحنث أصل المسئلة اذا حلف ليشربن الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فاهريق الماء قبل انقضاء اليوم وقد ذكرناها فيما تقدم فان قبض الدين فوجده زيوفا أو نبهرجة فهو قبض وبر فى يمينه سواء كان حلف على القبض أو على الدفع لانهما من جنس حقه من حيث الاصل ألا ترى انه يجوز أخذهما فى ثمن الصرف فوقع بهما الاقتضاء وان كانت ستوقة فليس هذا بقبض لانها ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز التجوز بها فى ثمن الصرف وكذلك لو رد الثوب الذى أخذ عن الدين بعيب أو استحق كان قد بر فى يمينه وكان هذا قبضا لان العيب لا يمنع صحة القبض وكذا المستحق يصح قبضه ثم يبطل لعدم الاجازة فانحلت اليمين فلا يتصور الحنث بعد ذلك وقد قالوا اذا اشترى بدينه بيعا فاسدا وقبضه فان كان فى قيمته وفاء بالحق فهو قابض لدينه ولا يحنث وان لم يكن فيه وفاء حنث لان المضمون فى البيع الفاسد القيمة لا المسمى ولو غصب الحالف مالا مثل دينه بر لانه وقع الاقتضاء به وكذلك لو استهلك له دنانير أو عروضا لان القيمة تجب فى ذمته فيصير قصاصا وقال محمد اذا قال ان لم أتزن من فلان مالى عليه أو لم أقبض مالى عليه فى كيس أو قال ان لم أقبض مالى عليك دراهم أو بالميزان أو قال ان لم أقبض دراهم قضاء من الدراهم التى لى عليك فأخذ بذلك عرضا أو شيأ مما يوزن من الزعفران أو غيره فهو حانث لانه لما ذكر الوزن والكيس والدراهم فقد وقعت يمينه على جنس حقه فاذا أخذ عوضا عنه حنث

﴿ فصل ﴾ وأما الحالف على الهدم قال ابن سماعة وسمعت أبا يوسف يقول فى رجل قال والله لاهدمن هذه الدار فان هدم سقوفها بر لانه لا يقدر على ان يزيل اسم الدار بالهدم لانه لو هدم جميع بنائها لكانت بذلك تسمى دارا لما ذكرنا انها اسم للعرصة فحملت اليمين على الكسر قال محمد اذا حلف لينقضن هذا الحائط أو ليهدمنه اليوم فنقض بعضه أو هدم بعضه ولم يهدم ما بقى حتى مضى اليوم يحنث قال والهدم عندنا ان يهدم حتى يبقى منه مالا يسمى حائطا لان الحائط يمكن هدمه حتى يزيل الاسم عنه فوقعت اليمين على ذلك بخلاف الدار فان نوى هدم بعضه صدق ديانة لان ذلك يسمى هدما بمعنى الكسر ولو حلف ليكسرن هذا الحائط فكسر بعضه بر لانه يقال له حائط مكسور فلا يعتبر ما يزيل به اسم الحائط فالحاصل أن ههنا ألفاظ ثلاثة الهدم والنقض والكسر والمسائل مبنية على معرفة معنى كل لفظ فالهدم اسم لازالة البناء لانه ضد البناء فان فعل فى الحائط فعلا ينظر ان بقى بعده ما يسمى مبنيا حنث لانه لا وجود للشىء مع وجود ما يضاده وان لم يبق ما يسمى مبنيا بر لتحققه فى نفسه قال الله تعالى ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع والمراد منه استئصالها لا احداث صدع أو وهن فى ابنيتها وكذلك النقض يقال فلان نقض بيته كذا أى أزالها ولو نقض بعض الحائط أو هدم بعضه وقال عنيت به بعضه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى عز وجل لانه نوى تخصيص العموم وانه محتمل فلا يصدقه القاضى لانه عدول عن الظاهر والكسر عبارة عن احداث صدع أو شق فيما صلب من الاجسام بمنزلة الخرق فيما استرخى منها فاذا ثبت فيه هذا فقد بر فى يمينه وان بقى التركيب والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحالف على الضرب والقتل قال المعلى سألت محمدا عن رجل حلف بطلاق امرأته ليضربنها حتى يقتلها أو حتى ترفع ميتة ولا نية له قال ان ضربها ضربا شديدا كأشد الضرب بر فى يمينه لانه يراد بمثل هذا القول فى العادة

شدة

شدة الضرب دون الموت قال فان حلف ليضربنها حتى يغشى عليها أو حتى تبول ثم لم يوجد ذلك لم يبر في يمينه لان هذا
يحدث عند شدة الضرب غالبا فيراعى وجوده للبر ولو حلف ليضربن غلامه في كل حق و باطل فمعنى ذلك ان يضربه
في كل ما شكى بحق او بباطل لانه لا يمكن حمله على الحقيقة وهو الضرب عند كل حق و باطل لان العبد لا يخلو من ذلك
فاذا يكون عند الشكاية فاذا يكون المولى في ضربه أبدا فحمل الضرب على الشكاية للعرف ولا يكون الضرب في هذا
عند الشكاية أى لا يحمل الضرب على فور الشكاية لان اليمين الواقعة على فعل مطلق عن زمان لا تتوقت بزمان دون
زمان بل تقع على العمر الا ان يعنى به الحال فيكون قد شدد على نفسه فان شكى اليه فضربه ثم شكى اليه في ذلك الشيء
مرة أخرى والمولى يعلم انه في ذلك الشيء أولا يعلم فذلك سواء وليس عليه ان يضربه للشكاية الثانية لانه قد ضربه
فيها مرة واحدة ولا يتعلق بالفعل الواحد الذى وقعت الشكاية عليه أكثر من ضرب واحد في العرف كما لو قال ان
أخبرتني بكذا فلك درهم فاخبره مرة بعد مرة انه لا يجب الا درهم واحد وان كان الثاني اخبارا كالاول كذا هذا وقال
المعلى سألت محمدا عن رجل حلف ليقتلن فلانا ألف مرة فقتله ثم قال انما نويت ان آلى على نفسي بالقتل قال أدينه في
القضاء لان العادة انهم يريدون بهذا تشديد القتل دون تكرره لعدم تصوره وقال ابن سماعة عن أبي يوسف فيمن قال
لامرأته ان لم أضربك حتى أتركك لا حية ولا ميتة فهذا على ان يضربها ضربا شديدا يوجعها فاذا فعل ذلك فقد بر لان
المراد منه ان لا يتركها حية سليمة ولا ميتة وذلك بالضرب الشديد فينصرف اليه وقال محمد فيمن حلف بالطلاق لقد
سمع فلانا يطلق امرأته ألف مرة وقد سمعه طلقها ثلاثا فانه يدين فيما بينه و بين الله تعالى لان حكم الثلاث حكم
الالف في الايقاع ولانه يراد بمثله أكثر عدد الطلاق في العادة وهو الثلاث ولو قال امرأته طالق ان لم يكن لقى فلانا
ألف مرة وقد لقيه مرارا كثيرة لان ذلك لا يكون ألف مرة وانما أراد كثرة اللقاء ولم يرد العدد اني أدينه لان مثل هذا
يذكر في العادة والعرف للتكثير دون العدد المحصور وقد قال الله تعالى استغفر لهم أولا تستغفر لهم ان تستغفر لهم
سبعين مرة فلن يغفر الله لهم وليس ذلك على عدد السبعين بل ذكره سبحانه وتعالى للتكثير كذا هذا ولو قال والله
لا أقتل فلانا بالكوفة أو قال والله لا أتزوج فلانة بالكوفة فضربه الحالف ببغداد فمات بالكوفة او زوجه الولى امرأة
كبيرة ببغداد فبلغها الخبر بالكوفة فاجازت حنث في اليمينين جميعا وكذلك لو حلف على الزمان فقال لا أفعل ذلك يوم
الجمعة فمات يوم الجمعة أو أجازت النكاح يوم الجمعة حنث الحالف ولو كان حلف ليفعلن ذلك بالكوفة أو يوم الجمعة
فكان ما ذكرنا بر في يمينه وانما كان ذلك لان الفعل الذى هو قتل ان وجد ببغداد و يوم السبت لكنه موصوف
بصفة الاضافة الى المخاطب وانما يصير موصوفا بالاضافة وقت ثبوت أثره وهو زهوق الروح وذلك وجد بالكوفة
يوم الجمعة فيحنث في يمينه ونظيره لو قال ان خلق الله تعالى لفلان ابنا في هذه السنة فعبدى حر فحصل له ولد في هذه
السنة يحنث وان كان خلق الله أزليا لكن الاضافة الى المخلوق انما تثبت عند وجود أثره وهو وجود الولد كذا ههنا
والنكاح في الشرع اسم لما بعد الحل وذلك انما يوجد عند الاجازة وكذلك العبد اذا اشترى عبدا بغير اذن مولاه ثم
بلغ المولى فاجازه فانه مشترى يوم أجازه المولى لانه يوم ثبوت الملك وقال محمد في البيع الموقوف والفاسد انه بائع يوم باع
ومشتر يوم اشترى وقال في القتل كما قال أبو يوسف لمحمد ان الملك عند الاجازة يتعلق بالعقد كما يتعلق به عند اسقاط
الخيار ولابي يوسف ان الاحكام لا تتعلق بالعقد الموقوف وانما تتعلق بالاجازة ولو كانت الضربة قبل اليمين ومات
بالكوفة أو يوم الجمعة لا يحنث في يمينه وان وجد القتل المضاف الى المخاطب يوم الجمعة لان هذا القتل وجد منه قبل
اليمين فلا يتصور امتناعه عن اتصافه بصفة الاضافة والانسان لا يمنع نفسه عما ليس في وسعه الامتناع عنه اذ
مقصود الحالف البر لا الحنث ولهذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته لا يحنث فان
وجد السكنى وعرف بدلالة الحال انه أراد منع نفسه عن قتل مضاف الى مخاطب باشره بعد اليمين و نظيره ما ذكره
محمد أنه لو قال لامرأته أنت طالق غدا ثم قال لها ان طلقتك فعبدى حر فجاء غد فطلقت لم يعتق عبده ولو قال لها ان

طلقتك فعبدى حر ثم قال لها اذا جاء غد فانت طالق فجاء غد وطلقت عتق عبده لهذا المعنى كذا هذا

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على المفارقة والوزن وما أشبه ذلك اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى ماعليه واشترى منه شيأ على ان البائع بالخيار ثم فارقه حنث لان الثمن ما يستحق على المشترى فلم يصر مستوفيا فان أخذ به رهنا أو كفيلا من غير براءة المكفول عنه ثم فارقه يحنث لان الحق فى ذمة الغريم بحاله لم يستوف فان هلك الرهن قبل الافتراق بر فى يمينه لانه صار مستوفيا وان هلك بعد الافتراق لا يبر لانه فارقه قبل الاستيفاء فحنث وقال أبو يوسف فى رجل له على امرأة دين فحلف ان لا يفارقها حتى يستوفى ثم تزوجها عليه وفارقها وكانت عقدة النكاح جائزة فقد بر فى يمينه لانه قد وجب فى ذمته بالنكاح مثل دينه وصار قصاصا فجعل مستوفيا وان كان النكاح فاسدا ولم يدخل بها حنث لان المهر لا يجب بالنكاح الفاسد فلم يصر مستوفيا فان دخل بها قبل ان يفارقها ومهر مثلها مثل الدين أو أكثر لم يحنث لان المهر وجب عليه بالدخول فصار مستوفيا فان كان العقد صحيحا فوقعت الفرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارقها لم يحنث لان المهر الواجب بالعقد قد سقط وانما عاد له دين بالفرقة بعد انحلال اليمين فلا يحنث ولو حلف ليزنن ماعليه فاعطاه عددا فكانت وازنة حنث لانه حلف على الوزن والوزن فعله ولم يفعله وقال ابن سماعة عن أبى يوسف اذا قال والله لا أقبض مالى عليك الا جميعا وله عشرة دراهم وعلى الطالب لرجل خمسة دراهم فأمر الذى له الخمسة هذا الحالف ان يحتسب للمطلوب بالخمسة التى عليه وجعلها قصاصا ودفع فلان المطلوب الى الحالف خمسة فكانه قال اذا كان متوافرا فهو جائز فلا يحنث لان الاستيفاء دفعة واحدة يقع على القبض فى حالة واحدة وان يعرف الوزن ألا ترى ان الدين اذا كان مالا كثيرا لا يمكنه دفعه فى وزنة واحدة وقد قبض الخمسة حقيقة والخمسة بالمقاصة وقد روى ابن رستم عن محمد فيمن قال والله لا آخذ مالى عليك الا ضربة واحدة فوزن خمسمائة وأخذها ثم وزن خمسمائة قال فقد أخذها ضربة واحدة لان هذا لا يعد متفرقا قال وكذلك لو جعل يزنها درهما درهما وقال محمد فى الجامع اذا كان له عليه ألف درهم فقال عبده حر ان أخذها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقى لم يحنث لان يمينه وقعت على أخذ الالف متفرقة فى اليوم ولم يأخذ الالف بل بعض الالف ولو قال عبده حر ان أخذ منها اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة دراهم ولم يأخذ ما بقى حتى غربت الشمس يحنث حين أخذ الخمسة لان يمينه ماوقعت على أخذ الكل متفرقا بل على أخذ البعض لان كلمة من للتبعيض ولو قال عبده حر ان أخذها اليوم درهما دون درهم فاخذ فى أول النهار بعضها وفى آخر النهار الباقى حنث لانه أضاف الاخذ الى الكل وقد أخذ الكل فى يوم متفرقا وقال أصحابنا اذا حلف لا يفارقه حتى يستوفى ماله عليه فهرب أو كابره على نفسه أو منعه منه انسان كرها حتى ذهب لم يحنث الحالف لانه حلف على فعل نفسه وهو مفارقته اياه ولم يوجد منه فعل المفارقة ولو كان قال لا تفارقنى حتى آخذ مالى عليك حنث لانه حلف على فعل الغريم وقد وجد والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على ما يضاف الى غير الحالف بملك أو غيره فجملة الكلام فيه أن الحالف لا يخلو اما ان اقتصر على الاضافة واما ان جمع بين الاضافة والاشارة والاضافة لا تخلو اما ان تكون اضافة ملك أو اضافة نسبة من غير ملك فان اقتصر فى يمينه على الاضافة والاضافة اضافة ملك فيمينه على ما فى ملك فلان يوم فعل ما حلف عليه حتى يحنث سواء كان الذى أضافه الى ملك فلان فى ملكه يوم حلف أو لم يكن بان حلف لا يأكل طعام فلان أو لا يشرب شراب فلان أو لا يدخل دار فلان أو لا يركب دابة فلان أو لا يلبس ثوب فلان أو لا يكلم عبد فلان ولم يكن شئ منها فى ملكه ثم استحدث الملك فيها هذا جواب ظاهر الرواية فى الاصل والزيادات وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه رواية أخرى ان الاضافة اذا كانت فيما يستحدث الملك فيه حالا فحالا فى العادة فان اليمين تقع على ما فى ملكه يوم فعل كالطعام والشراب والدهن وان كانت الاضافة فيما يستدام فيه الملك ولا يستحدث ساعة فساعة عادة فاليمين على ما كان فى ملكه يوم حلف كالدار والعبد والثوب وذكر ابن سماعة فى

نوادره عن محمد ان ذلك كله مافى ملكه يوم حلف ولا خلاف فى انه اذا حلف لا يكلم زوج فلانة أو امرأة فلان أو صديق فلان أو ابن فلان أو أخ فلان ولا نية له ان ذلك على ما كان يوم حلف ولا تقع على ما يحدث من الزوجية والصداقة والولد ففرق فى ظاهر الرواية بين الاضافتين وسوى بينهما فى النوادر وجه رواية النوادر ان الاضافة تقتضى الوجود حقيقة اذ الموجود يضاف لا المعدوم فلا تقع يمينه الا على الموجود يوم الحلف ولهذا وقعت على الموجود فى احدى الاضافتين وهى اضافة النسبة كذا فى الاخرى وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الاضافتين ان فى اضافة الملك عقد يمينه على مذكور مضاف الى فلان بالملك مطلقا عن الجهة وهى ان يكون مضافا اليه بملك كان وقت الحلف أو بملك استحدث فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجدت الاضافة عند الفعل فيحنث وفى اضافة النسبة قام دليل التقييد وهى ان أعيانهم مقصودة باليمين لاجلهم عرفا وعادة لما تبين فانعقدت على الموجود وصار كما لو ذكرهم باساميهم أو أشار اليهم فاما الملك فلا يقصد باليمين لذاته بل للمالك فيزول بزوال ملكه وأبو يوسف على ما روى عنه ادعى تقييد المطلق بالعرف وقال استحداث الملك فى الدار ونحوها غير متعارف بل هو فى حكم الندرة حتى يقال الدار هى أول ما يشترى وآخر ما يباع وتقييد المطلق بالعرف جائز فتقييد اليمين فيها بالموجود وقت الحلف للعرف بخلاف الطعام والشراب ونحوهما لان استحداث الملك فيهما معتاد فلم يوجد دليل التقييد والجواب ان دعوى العرف على الوجه المذكور ممنوعة بل العرف مشترك فلا يجوز تقييد المطلق بعادة مشتركة ولو حلف لا يدخل دار فلان فالصحيح انه على هذا الاختلاف لان كل اضافة تقدر فيها اللام فكان الفصلان من الطعام والعبد ونحوهما على الاختلاف ثم فى اضافة الملك اذا كان المحلوف عليه فى ملك الحالف وقت الحلف فخرج عن ملكه ثم فعل لا يحنث بالاجماع ( وأما ) فى اضافة النسبة من الزوجة والصديق ونحوهما اذا طلق زوجته فبانت منه أو عادى صديقه ثم كلمه فقد ذكر فى الجامع الصغير انه لا يحنث وذكر فى الزيادات انه يحنث وقيل ما ذكر فى الجامع قول أبى حنيفة وأبى يوسف وما ذكر فى الزيادات قول محمد المذكور فى النوادر وجه المذكور فى الزيادات ان يمينه وقعت على الموجود وقت الحلف فحصل تعريف الموجود بالاضافة فيتعلق الحكم بالعرف لا بالاضافة وجه ما ذكر فى الجامع الصغير ان الانسان قد يمنع نفسه عن تكليم امرأة لمعنى فيها وقد يمنع من تكليمها لمعنى فى زوجها فلا يسقط اعتبار الاضافة مع الاحتمال وان جمع بين الملك والاشارة بان قال لا أكلم عبد فلان هذا أو لا أدخل دار فلان هذه أو لا أركب دابة فلان هذه أو لا ألبس ثوب فلان هذا فباع فلان عبده أو داره أو دابته أو ثوبه فكلم أو دخل أو ركب أو لبس لم يحنث فى قول أبى حنيفة الا ان يعنى غير ذلك الشئ خاصة وعند محمد يحنث الا ان يعنى ما دامت ملكا لفلان فهما يعتبران الاشارة والاضافة جميعا وقت الفعل للحنث فما لم يوجد الا يحنث ومحمد يعتبر الاشارة دون الاضافة وأما فى اضافة النسبة فلا يشترط قيام الاضافة وقت الفعل للحنث بالاجماع حتى لو حلف لا يكلم زوجة فلان هذا أو صديق فلان هذا فبانت زوجته منه أو عادى صديقه فكلم يحنث وجه قول محمد فى مسئلة الخلاف ان الاضافة والاشارة كل واحد منهما للتعريف والاشارة أبلغ فى التعريف لانها تخصص العين وتقطع الشركة فتلغو الاضافة كما فى اضافة النسبة وكما لو حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ انه يحنث لما قلنا كذا هذا ولهما ان الحالف لما جمع بين الاضافة والاشارة لزم اعتبارهما ما أمكن لان تصرف العاقل واجب الاعتبار ما أمكن وأمكن اعتبار الاضافة ههنا مع وجود الاشارة لانه باليمين منع نفسه عن مباشرته المحلوف والظاهر ان العاقل لا يمنع نفسه عن شئ منعا مؤكدا باليمين الا لداع يدعوه اليه وهذه الاعيان لا تقصد بالمنع لذاتها بل لمعنى فى المالك أما الدار ونحوها فلا شك فيه وكذا العبد لانه لا يقصد بالمنع لخسته وانما يقصد به مولاه وقد زال بزوال الملك عن المالك وصار كانه قال مهما دامت لفلان ملكا بخلاف المرأة والصديق لانهما يقصدان بالمنع لانفسهما فتتعلق اليمين بذاتيهما والذات لا تتبدل بالبينونة والمعاداة فيحنث كما اذا حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا ولو حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباع

الطيلسان فكلمه حنث لان الطيلسان مما لا يقصد بالمنع وانما يقصد ذات صاحبه وانها باقية وذكر محمد فى الزيادات اذا حلف لا يركب دواب فلان أو لا يلبس ثيابه أو لا يكلم غلمانه ان ذلك على ثلاثة لان أقل الجمع الصحيح ثلاثة وكذلك لو قال لا آكل أطعمة فلان أو لا أشرب أشربة فلان ان ذلك على ثلاثة أطعمة وثلاثة أشربة لما قلنا ويعتبر قيام الملك فيها وقت الفعل لا وقت الحلف فى ظاهر الروايات على ما بينا فان قال أردت جميع ما فى ملكه من الاطعمة لم يدين فى القضاء لانه خلاف ظاهر كلامه كذا ذكر القدورى وذكر فى الزيادات انه يدين فى القضاء لانه نوى حقيقة ما تلفظ به فيصدق فى القضاء كما اذا حلف لا يتزوج النساء أو لا يشرب الماء أو لا يكلم الناس ونحو ذلك ونوى الجميع ولو كانت اليمين على اخوة فلان أو بنى فلان أو نساء فلان لا يحنث ما لم يكلم الكل منهم عملا بحقيقة اللفظ ويتناول الموجودين وقت الحلف لان هذه اضافة نسبة وقال أبو يوسف ان كان ذلك مما يحصى فاليمين على جميع ما فى ملكه لانه صار معرفا بالاضافة ويمكن استيعابه فكان كالمعرف بالالف واللام وان كان لا يحصى الا بكتاب حنث بالواحد منه لانه تعذر استغراق الجنس فيصرف الى أدنى الجنس كقوله لا أتزوج النساء ومما يجانس مسائل الفصل الاول ما قال خلف بن أيوب سألت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج بنت فلان أو بنتا لفلان فولدت له بنت ثم تزوجها أو قال والله لا أتزوج من بنات فلان ولا بنات له ثم ولدله أو قال والله لا أشرب من لبن بقرة فلان ولا بقرة له ثم اشترى بقرة فشرب من لبنها أو قال لصبي صغير والله لا أتزوج من بناتك فبلغ فولدله فتزوج منهن أيحنث أم لا أو قال لا آكل من ثمرة شجرة فلان ولا شجرة لفلان ثم اشترى شجرة فأكل من ثمرها قال أما اذا حلف لا يتزوج بنت فلان ولا يشرب من لبن بقرة فلان ولا يأكل من ثمرة شجرة فلان فلا يحنث فى شئ من هذا وأما قوله لا أتزوج بنتا من بنات فلان أو بنتاً لفلان فانه يحنث وتلزمه اليمين فى قول أبى حنيفة وأما أنا فأقول لا يحنث لانه حلف يوم حلف على ما لم يخلق حال حلف وسألت الحسن فقال مثل قول أبى حنيفة لابى حنيفة ان قوله لا أتزوج بنت فلان يقتضى بنتا موجودة فى الحال فلم تعقد اليمين على الاضافة واذا قال بنتا لفلان فقد عقد اليمين على الاضافة فيعتبر وجودها يوم الحلف كقوله عبداً لفلان وأما أسد فاعتبر وجود المحلوف عليه وقت اليمين فما كان معدوما لا تصح الاضافة فيه فلا يحنث وقال خلف سالت أسداً عن رجل حلف لا يتزوج امرأة من أهل هذه الدار وليس للدار أهل ثم سكنها قوم فتزوج منهم قال يحنث فى قول أبى حنيفة ولا يحنث فى قولى وهو على ما بينا من اعتبار الاضافة

﴿ فصل ﴾ وأما الحلف على ما يخرج من الحالف أو لا يخرج اذا قال ان دخل دارى هذه أحد أو ركب دابتى أو ضرب عبدى ففعل ذلك الحالف لم يحنث لان قوله أحد نكرة والحالف صار معرفة بياء الاضافة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة لان المعرفة ما يكون متميز الذات من بنى جنسه والنكرة ما لا يكون متميز الذات عن بنى جنسه بل يكون مسماه شائعا فى جنسه أو نوعه ويستحيل أن يكون الشئ الواحد متميز الذات غير متميز الذات وكذلك لو قال لرجل ان دخل دارك هذه أحد أو لبس ثوبك أو ضرب غلامك ففعله المحلوف عليه لم يحنث لان المحلوف صار معرفة بكاف الخطاب فلا يدخل تحت النكرة وان فعله الحالف حنث لانه ليس بمعرفة لانعدام ما يوجب كونه معرفة فجاز أن يدخل تحت النكرة ولو قال ان ألبست هذا القميص أحدا فالبسه المحلوف عليه لم يحنث لانه صار معرفة بتاء الخطاب وان ألبسه المحلوف عليه الحالف حنث لان الحالف نكرة فيدخل تحت النكرة وان قال ان مس هذا الرأس أحد وأشار الى رأسه لم يدخل الحالف فيه وان لم يضفه الى نفسه بياء الاضافة لان رأسه متصل به خلقة فكان أقوى من اضافته الى نفسه بياء الاضافة ولو قال ان كلم غلام عبد الله بن محمد أحد فعبدى حر فكلم الحالف وهو غلام الحالف واسمه عبد الله بن محمد حنث وطعن القاضى أبو حازم عبد الحميد العراقى فى هذا فى الجامع وقال ينبغى أن لا يحنث لان الحلف تحت اسم العلم والاعلام معارف وهى عند أهل النحو أبلغ فى التعريف من الاشارة والمعرفة لا تدخل تحت النكرة وكذا عرفه بالاضافة الى أبيه بقوله ابن محمد فامتنع دخوله تحت النكرة وجه ظاهر الرواية أنه

يجوز استعمال العلم فى موضع النكرة لان اسم الاعلام وان كانت معارف لكن لا بدمن سبق المعرفة من المتكلم والسامع حتى يجعل هذا اللفظ علما عنده وعند سبق المعرفة منهما بذلك امابتعين المسمى بالعلم باسمه اذا لم يكن يزاحمه غيره والعلم واحتمال المزاحمة ثابت واذا جاز استعمال العلم فى موضع النكرة وقد وجد ههنا دليل انصراف التسمية الى غير الحالف وهو أن الانسان فى العرف الظاهر من اهل اللسان أنه لا يذكر نفسه باسم العلم بل يضيف غلامه اليه بياء الاضافة فيقول غلامى فالظاهر انه لم يرد نفسه وانه ما دخل تحت العلم الذى هو معرفة فلم يخرج الحالف عن عموم هذه النكرة

﴿فصل﴾ وأما النوع الثانى وهو الحلف على أمور شرعية وما يقع منها على الصحيح والفاسد أو على الصحيح دون الفاسد مثل البيع والشراء والهبة والمعاوضة والعارية والنحلة والعطية والصدقة والقرض والتزويج والصلاة والصوم ونحو ذلك اذا حلف لا يشترى ذهبا ولا فضة فاشترى دراهم أو دنانير أو آنية أو تبرا أو مصوغ حلية أو غير ذلك مما هو ذهب أو فضة فانه يحنث فى قول أبى يوسف وقال محمد لا يحنث فى الدراهم والدنانير والاصل فى جنس هذه المسائل أن أبا يوسف يعتبر الحقيقة ومحمد يعتبر العرف لمحمد ان اسم الذهب والفضة اذا أطلق لا يراد به الدرهم والدنانير فى العرف ألا ترى انها اختصت باسم على حدة فلا يتناولها مطلق اسم الذهب والفضة ولابى يوسف ان اسم الذهب والفضة يقع على الكل لانه اسم جنس وكونه مضروبا ومصوغا وتبرا أسماء أنواع له واسم الجنس يتناول الانواع كاسم الآدمى والدليل عليه قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم فدخل تحت هذا الوعيد كانز المضروب وغيره ولو حلف لا يشترى حديدا فهو على مضروب ذلك وتبره سلاحا كان أو غير سلاح بعد أن يكون حديدا فى قول أبى يوسف وقال محمد ان اشترى شيأ من الحديد يسمى بائعه حدادا يحنث وان كان بائعه لا يسمى حدادا لا يحنث وبائع التبر لا يسمى حدادا فلا يتناولها مطلق اسم الحديد ولها اسم يخصها فلا يدخل تحت اليمين ولابى يوسف ان الحديد اسم جنس فيتناول المعمول وغير المعمول وقال أبو يوسف فى باب الذهب والفضة انه ان كان له نية دين فيما بينه وبين الله سبحانه والنية فى هذا واسعة لانها تخصيص المذكور وقال فى باب الحديد لو قال عنيت التبر فاشترى اناء لم يحنث ولو قال عنيت قمقما فاشترى سيفا أو ابرا أو سكاكين أو شيأ من السلاح لم يحنث ويدين فى القضاء وهذا مشكل على مذهبه لان الاسم عنده عام فاذا نوى شيأ منه بعينه فقد عدل عن ظاهر العموم فينبغى أن لا يصدق فى القضاء وان صدق فيما بينه وبين الله تعالى وقال محمد فى الزيادات لو حلف لا يشترى حديدا ولا نية له فاشترى درع حديد او سيفا أو سكينا أو ساعدين أو بيضة أو ابرا أو مسالا لا يحنث وان اشترى شيأ غير مضروب أو اناء من آنية الحديد أو مسامير او أقفالا أو كانون حديد يحنث قال لان الذى يبيع السلاح والابر والمسال لا يسمى حدادا والذى يبيع ما وصفت لك يسمى حدادا وقال أبو يوسف ان اشترى باب حديد أو كانون حديد أو اناء حديد مكسور أو نصل سيف مكسور حنث فابو يوسف اعتبر الحقيقة وهو أن ذلك كله حديد فتناوله اليمين ومحمد اعتبر العرف وهو أنه لا يسمى حديدا فى العرف حتى لا يسمى بائعه حدادا قال أبو يوسف ولو حلف لا يشترى صفرا فاشترى طشت صفر او كوزا او تورا حنث وكذلك عند محمد أما عند أبى يوسف فلا عتبار الحقيقة وأما عند محمد فلان بائع ذلك يسمى صفارا وقال محمد لو اشترى فلوسا لا يحنث لانها لا تسمى صفرا فى كلام الناس ولو حلف لا يشترى صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث والاصل فيه أن من حلف لا يشترى شيئا فاشترى غيره ودخل المحلوف عليه فى البيع تبعا لم يحنث وان دخل مقصودا يحنث والصوف ههنا لم يدخل فى العقد مقصودا لان التسمية لم تتناول الصوف وانما دخل فى العقد تبعا للشاة وكذلك لو حلف لا يشترى آجرا أو خشبا أو قصبا فاشترى دارا لم يحنث لان البناء يدخل فى العقد تبعا لدخوله فى العقد بغير تسمية فلم يكن مقصودا بالعقد وانما يدخل فيه تبعا وان حلف لا يشترى تمر نخل فاشترى أرضا فيها نخل مثمرة وشرط المشترى الثمرة يحنث لان الثمر دخلت فى العقد مقصودة

لا على وجه التبع ألا ترى انه لو لم يسمها لا تدخل فى البيع وكذلك لو حلف لا يشترى بقلا فاشترى أرضا فيها بقل واشترط المشترى البقل فانه يحنث لدخول البقل فى البيع مقصودا لا تبعا ولو حلف لا يشترى لحما فاشترى شاة حية لا يحنث لان العقد لم يتناول لحمها لان لحم الشاة الحية محرم لا يجوز العقد عليه وكذلك ان حلف أن لا يشترى زيتا فاشترى زيتونا لان العقد لم يقع على الزيت ألا ترى أنه ليس فى ملك البائع وعلى هذا قالوا فيمن حلف لا يشترى قصبا ولا خوصا فاشترى بوريا أو زنبيلا من خوص لم يحنث لان الاسم لم يتناول ذلك وكذلك لو حلف لا يشترى جديا فاشترى شاة حاملا بجدى وكذلك لو حلف لا يشترى لبنا فاشترى شاة فى ضرعها لبن وكذلك لو حلف لا يشترى مملوكا صغيرا فاشترى أمة حاملا وكذلك لو حلف لا يشترى دقيقا فاشترى حنطة وقالوا لو حلف لا يشترى شعيرا فاشترى حنطة فيها شعير لم يحنث لان الشعير ليس بمعقود عليه مقصودا وانما يدخل فى العقد تبعا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها شعير لان الاكل فعل فاذا وقع فى عينين لم تتبع احداهما الاخرى فأما الشراء فهو عقد وبعض العين مقصودة بالعقد وبعضها غير مقصودة وقد كان قول أبى يوسف الاول أنه اذا حلف لا يشترى صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف يحنث ولو حلف لا يشترى لبنا فاشترى شاة فى ضرعها لبن لم يحنث وقال لان الصوف ظاهر فتناوله العقد (وأما) اللبن فباطن فلم يتناوله ثم رجع فسوى بينهما لما بينا ولو حلف لا يشترى دهنا فهو على دهن جرت عادة الناس ان يدهنوا به فان كان مما ليس فى العادة أن يدهنوا به مثل الزيت والبزر ودهن الاكارع لم يحنث لان الدهن عبارة عما يدهن به والايمان محمولة على العادة فحملت اليمين على الادهان الطيبة وان حلف لا يدهن بدهن ولا نية له فادهن بزيت حنث وان ادهن بسمن لم يحنث لان الزيت لو طبخ بالطيب صار دهنا فأجراه مجرى الادهان من وجه ولم يجره مجراها من وجه حنث قال فى الشراء لا يحنث وفى الادهان يحنث فأما السمن فانه لا يدهن به بحال فى الوجهين فلم يحنث وكذلك دهن الخروع والبزر ولو اشترى زيتا مطبوخا ولا نية له حين حلف يحنث لان الزيت المطبوخ بالنار والزنبق دهن يدهن به كسائر الادهان ولو حلف لا يشترى بنفسجا أو حناء أو حلف لا يشمهما فهو على الدهن والورق فى البابين جميعا وقد ذكر فى الاصل اذا حلف لا يشترى بنفسجا انه على الدهن دون الورق وهذا على عادة أهل الكوفة لانهم اذا أطلقوا البنفسج أرادوا به الدهن فأما فى غير عرف الكوفة فالاسم على الورق فتحمل اليمين عليه والكرخى حمله عليهما وهو رواية عن أبى يوسف وأما الحناء والورد فهو على الورق دون الدهن الا أن ينوى الدهن فيدين فيما بينه وبين الله تعالى وفى القضاء لان اسم الورد والحناء اذا أطلق يراد به الورق لا الدهن وذكر فى الجامع الصغير أن البنفسج على الدهن والورد على ورق الورد وجعل فى الاصل الخيرى مثل الورد والحناء فحمله على الورق ولو حلف لا يشترى بزرا فاشترى دهن بزر حنث وان اشترى حبا لم يحنث لان اطلاق اسم البزر يقع على الدهن لا على الحب ولو حلف لا يبيع أو لا يشترى فأمر غيره ففعل فجملة الكلام فيمن حلف على فعل فأمر غيره ففعل ان فعل المحلوف عليه لا يخلو إما أن يكون له حقوق أو لا حقوق له فان كان له حقوق فاما ان ترجع الى الفاعل أو الى الآمر أو لا فان كان له حقوق ترجع الى الفاعل كالبيع والشراء والاجارة والقسمة لا يحنث لان حقوق هذه العقود اذا كانت راجعة الى فاعلها لا الى الآمر بها كانت العقود مضافة الى الفاعل لا الى الآمر على أن الفاعل هو العاقد فى الحقيقة لان العقد فعله وانما للآمر حكم العقد شرعا لا لفعله وعند بعض مشايخنا يقع الحكم له ثم ينتقل الى الآمر فلم يوجد منه فعل المحلوف عليه فلا يحنث الا اذا كان الحالف ممن لا يتولى العقود بنفسه فيحنث بالامر لانه انما يمتنع عما يوجد منه عادة وهو الامر ذلك لا الفعل بنفسه ولو كان الوكيل هو الحالف قالوا يحنث لما ذكرنا أن الحقوق راجعة اليه وأنه هو العاقد حقيقة لا الآمر وان كانت حقوقه راجعة الى الآمر أو كان مما لا حقوق له كالنكاح والطلاق والعتاق والكتابة والهبة والصدقة والكسوة والاقتضاء والقضاء

والحقوق والخصومة والشركة بان حلف لا يشارك رجلا فأمر غيره فعقد عقد الشركة والذبح والضرب والقتل والبناء والخياطة والنفقة ونحوها فاذا حلف لا يفعل شيأ من هذه الاشياء ففعله بنفسه أو أمر غيره حنث لان ما لا حقوق له أو ترجع حقوقه الى الآمر لا الى الفاعل يضاف الى الآمر لا الى الفاعل ألا ترى ان الوكيل بالنكاح لا يقول تزوجت وانما يقول زوجت فلانا والوكيل بالطلاق يقول طلقت امرأة فلان فكان فعل المأمور مضافا الى الآمر واختلفت الرواية عن أبي يوسف في الصلح روى بشر بن الوليد عنه ان من حلف لا يصالح فوكل بالصلح لم يحنث لان الصلح عقد معاوضة كالبيع وروى ابن سماعة عنه أنه يحنث لان الصلح اسقاط حق كالابراء فان قال الحالف فيما لا ترجع حقوقه الى الفاعل بل الى الآمر كالنكاح والطلاق والعتاق نويت أن الى ذلك بنفسي يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا يدين في القضاء لان هذه الافعال جعلت مضافة الى الآمر لرجوع حقوقها اليه لا الى الفاعل وقد نوى خلاف ذلك الظاهر فلا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى المحتمل وان كان خلاف الظاهر ولو قال فيما لا حقوق له من الضرب والذبح عنيت أن الى ذلك بنفسي يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضاء أيضا لان الضرب والذبح من الافعال الحقيقية وأنه بحقيقته وجد من المباشر وليس بتصرف حكمي فيه اتغيير وقوعه حكما لغير المباشر فكانت العبرة فيه للمباشرة فاذا نوى به أن يلي بنفسه فقد نوى الحقيقة فيصدق قضاء وديانة ولو حلف لا يبيع من فلان شيأ فأوجب البيع لا يحنث ما لم يقبل المشترى ولو حلف لا يهب لفلان شيأ أو لا يتصدق عليه أو لا يعيره أو لا ينحل له أو لا يعطيه ثم وهب له أو تصدق عليه أو اعاره أو نحله أو أعطاه فلم يقبل المحلوف عليه يحنث عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يحنث وذكر المسئلة والفرق بين الهبة وأخواتها وبين البيع في كتاب الهبة ان شاء الله تعالى وأما القرض فقد روى عن محمد أنه لا يحنث ما لم يقبل وعن أبي يوسف روايتان في رواية مثل قول محمد وفي رواية يحنث من غير قبول وجه هذه الرواية ان القرض لا تقف صحته على تسمية عوض فأشبه الهبة وجه الرواية الاخرى ان القرض يشبه البيع لانه تمليك بعوض وقد قال أبو يوسف على هذه الرواية لو حلف لا يستقرض من فلان شيأ فاستقرضه فلم يقرضه انه حانث فرق بين القرض وبين الاستقراض لان الاستقراض ليس بقرض بل هو طلب القرض كالسوم في باب البيع ولو حلف لا يبيع فباع بيعا فاسدا وقبل المشترى وقبض يحنث لان اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد وهو مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب ولان المقصود من البيع هو الوصول الى العوض وهذا يحصل بالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض لانه يفيد الملك بعد القبض ولو باع بالميتة والدم لا يحنث لانه ليس ببيع لانعدام معناه وهو ما ذكرنا ولانعدام حصول المقصود منه وهو الملك لانه لا يقبل الملك ولو باع بيعا فيه خيار للبائع أو للمشترى لم يحنث في قول أبي يوسف وحنث في قول محمد وجه قول محمد أن اسم البيع كما يقع على البيع الثابت يقع على البيع الذي فيه خيار فان كل واحد منهما يسمى بيعا في العرف الا أن الملك فيه يقف على أمر زائد وهو الاجازة أو على سقوط الخيار فأشبه البيع الفاسد ولابي يوسف ان شرط الخيار يمنع انعقاد البيع في حق الحكم فأشبه الايجاب بدون القبول قال محمد سمعت أبا يوسف قال فيمن قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام فمضت المدة الثلاث ووجب البيع يعتق وانه على أصله صحيح لان اسم البيع عنده لا يتناول البيع المشروط فيه الخيار فلا يصير مشتريا بنفس القبول بل عند سقوط الخيار والعبد في ملكه عند ذلك يعتق وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في البيع بشرط خيار البائع أو المشترى انه يحنث ولم يذكر الخلاف واصل فيه أصلا وهو أن كل بيع يوجب الملك أو تلحقه الاجازة يحنث به وما لا فلا هذا اذا حلف على البيع والشراء بطلاق امرأته أو عتاق عبده بان قال لامرأته أنت طالق أو عبده حر فأما اذا حلف على ذلك بعتق العبد المشترى أو المبيع فان كان الحلف على الشراء بان قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه ينظر ان اشتراه شراء جائزا باتا عتق بلا شك وكذلك لو كان المشترى فيه بالخيار أما على قولهما فلا يشكل لان خيار المشترى لا يمنع وقوع الملك له واما على قول أبي حنيفة

فلان المعلق بالشرط يصير كالمتكلم به عند الشرط فيصير كأنه أعتقه بعد ما اشتراه بشرط الخيار ولو أعتقه يعتق لان اقدامه على الاعتاق يكون فسخا للخيار ولو اشتراه على أن البائع فيه بالخيار لا يعتق لانه لم يملكه لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف وسواء أجاز البائع البيع أو لم يجز لانه ملكه بالاجازة لا بالعقد وذكر الطحاوى أنه اذا أجاز البائع البيع يعتق لان الملك يثبت عند الاجازة مستندا الى وقت العقد بدليل أن الزيادة الحادثة بعد العتق قبل الاجازة تدخل فى العقد هذا كله ان اشتراه شراء صحيحا فان اشتراه شراء فاسدا فان كان فى يد البائع لا يعتق لانه على ملك البائع بعد وان كان فى يد المشترى وكان حاضرا عنده وقت العقد لانه صار قابضا له عقيب العقد فملكه وان كان غائبا فى بيته أو نحوه فان كان مضمونا بنفسه كالمغصوب يعتق لانه ملكه بنفس الشراء وان كان أمانة أو كان مضمونا بغيره كالرهن لا يعتق لانه لا يصير قابضا عقيب العقد هذا اذا كان الحلف على الشراء فان كان على البيع فقال ان بعتك فأنت حر فباعه بيعا جائزا أو كان المشترى بالخيار لا يعتق لانه زال ملكه عنه بنفس العقد والعقد لا يصح بدون الملك وان كان الخيار للبائع يعتق لانه كان فى ملكه وقد وجد شرطه فيعتق ولو باعه بيعا فاسدا فان كان فى يد البائع أو فى يد المشترى غائبا عنه بأمانة أو برهن يعتق لانه لم يزل ملكه عنه وان كان فى يد المشترى حاضرا أو غائبا مضمونا بنفسه لا يعتق لانه بالعقد زال ملكه عنه ولو حلف لا يتزوج هذه المرأة فهو على الصحيح دون الفاسد حتى لو تزوجها نكاحا فاسدا لا يحنث لان المقصود من النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد لانه لا يثبت بسببه وهو الملك بخلاف البيع فان المقصود منه الملك وانه يحصل بالفاسد وكذلك لو حلف لا يصلى ولا يصوم فهو على الصحيح حتى لو صلى بغير طهارة أو صام بغير نية لا يحنث لان المقصود منه التقرب الى الله سبحانه وتعالى ولا يحصل ذلك بالفاسد ولو كان ذلك كله فى الماضى بان قال ان كنت صليت أو صمت أو تزوجت فهو على الصحيح والفاسد لان الماضى لا يقصد به الحل والتقرب وانما يقصد به الاخبار عن المسمى بذلك والاسم يطلق على الصحيح والفاسد فان عنى به الصحيح دين فى القضاء لانه النكاح المعنوى ولو حلف لا يصلى فكبر ودخل فى الصلاة لم يحنث حتى يركع ويسجد سجدة استحسانا والقياس ان يحنث بنفس الشروع لانه كما شرع فيه يقع عليه اسم المصلى فيحنث كما لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وشرع فيه وجه الاستحسان وهو الفرق بين الصلاة وبين الصوم أن الحالف جعل شرط حنثه فعل الصلاة والصلاة فى عرف الشرع اسم لعبادة متركبة من أفعال مختلفة من القيام والقراءة والركوع والسجود والمتركب من أجزاء مختلفة لا يقع اسم كله على بعضه كالسكنجبين ونحو ذلك فما لم توجد هذه الافعال لا يوجد فعل الصلاة بخلاف الصوم لان بصوم ساعة يحصل فعل صوم كامل لانه اسم لعبادة مركبة من أجزاء متفقة وهى الامساكات وما هذا حاله فاسم كله ينطلق على بعضه حقيقة كاسم الماء انه كما ينطلق على ماء البحر ينطلق على قطرة منه وقطرة من خل من جملة دن من خل أنه يسمى خلا حقيقة فاذا صام ساعة فقد وجد منه فعل الصوم الذى منع نفسه منه فيحنث وبخلاف ما لو حلف لا يصلى صلاة أنه لا يحنث حتى يصلى ركعتين لانه لما ذكر الصلاة فقد جعل شرط الحنث ما هو صلاة شرعا وأقل ما اعتبره الشرع من الصلاة ركعتان بخلاف الفصل الاول لان ثمة شرط الحنث هناك فعل الصلاة وفعل الصلاة يوجد بوجود هذه الافعال وما يوجد بعد ذلك الى تمام ما يصير عبادة معهودة معتبرة شرعا تكرار لهذه الافعال فلا تقف تسمية فعل الصلاة على وجوده وقد وجد ذلك كله فى آية واحدة من كتاب الله عز وجل وهو قوله تعالى واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة وأراد به الركعتين جميعا لانه ورد فى صلاة السفر ثم قال ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وأراد به ركعة واحدة لان الطائفة الثانية لا يصلون الا ركعة واحدة ولو حلف لا يصوم يوما لا يحنث حتى يصوم يوما تاما لانه جعل شرط الحنث صوما مقدرا باليوم لانه جعل كل اليوم ظرفا له ولا يكون كل اليوم ظرفا له الا باستيعاب الصوم جميع اليوم وكذا لو حلف لا يصوم صوما لانه ذكر المصدر وهو الصوم والصوم اسم لعبادة مقدرة باليوم شرعا فيصرف الى المعهود المعتبر فى الشرع

بخلاف

بخلاف ما اذا حلف لا يصوم لانه جعل فعل الصوم شرطا و بصوم ساعة واحدة وجد فعل الصوم ولو حلف لا يصلى الظهر لا يحنث حتى يتشهد بعد الاربع لان الظهر أربع ركعات فما لم توجد الاربع لا توجد الظهر فلا يحنث ولو قال عبده حر ان ادرك الظهر مع الامام فادركه فى التشهد ودخل معه حنث لان ادراك الشىء لحوق آخره يقال أدرك فلان زمن النبى صلى الله عليه وسلم ويراد به لحوق آخره وروى عن معاذ بن جبل رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال من أدرك الامام يوم الجمعة فى التشهد فقد أدرك الجمعة وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه انه انتهى يوما الى الامام فادركه فى التشهد فقال الله أكبر ادركنا معه الصلاة ولو حلف لا يصلى الجمعة مع الامام فادرك معه ركعة فصلاها معه ثم سلم الامام وأتم هو الثانية لا يحنث لانه لم يصل الجمعة مع الامام اذ هى اسم للكل وهو ما صلى الكل مع الامام ولو افتتح الصلاة مع الامام ثم نام أو أحدث فذهب وتوضأ فجاء وقد سلم الامام فاتبعه فى الصلاة حنث وان لم يوجد أداء الصلاة مقارنا للامام لان كلمة مع ههنا لا يراد بها حقيقة القران بل كونه تابعا له مقتديا به ألا ترى ان أفعاله وانتقاله من ركن الى ركن لو حصل على التعاقب دون المقارنة عرف مصليا معه كذا ههنا وقد وجد لبقائه مقتديا به تابعا له ولو نوى حقيقة المقارنة صدق فيما بينه و بين الله تعالى وفى القضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولو حلف لا يحج حجة أو قال لا أحج ولم يقل حجة لم يحنث حتى يطوف أكثر طواف الزيارة لان الحجة اسم لعبادة ركبت من أجناس أفعال كالصلاة من الوقوف بعرفة وطواف الزيارة فما لم يوجد كل الطواف أو أكثره لا يوجد الحج فان جامع فيها لا يحنث لان الحج عبادة فيقع اليمين على الصحيح منه كالصلاة ولو حلف لا يعتمر فاحرم وطاف أربعة أشواط حنث لان ركن العمرة هو الطواف وقد وجد لان للاكثر حكم الكل قال ابن سماعة سمعت أبا يوسف قال فى رجل قال ان تزوجت امرأة بعد امرأة فهى طالق فتزوج واحدة ثم ثنتين فى عقدة فانه يقع الطلاق على احدى الاخيرتين لانه قد تزوج امرأة بعد امرأة وان كان معها غيرها فوقع الطلاق على احداهما فكان له التعيين ولو تزوج امرأتين فى عقدة ثم تزوج امرأة بعدهما طلقت الاخيرة لانه قد تزوجها بعد امرأة والاوليان كل واحدة منهما لا توصف بانها بعد الاخرى فكانت الاخرى هى المستحقة للشرط ولو قال ان تزوجت امرأة فهى طالق فتزوج صبية طلقت لان غرضه بهذه اليمين هو الامتناع من النكاح فيتناول البالغة والصبية فصار قوله امرأة كقوله انثى قال ابن سماعة عنه ان قال ان تزوجت امرأتين فى عقدة فهما طالقتان فتزوج ثلاثا فى عقدة فانه تطلق امرأتان من نسائه فوقع على ثنتين من الثلاث لانه قد تزوج باثنتين وان كان معهما ثالثة وليس احداهن بالطلاق باولى من الاخرى فيرجع الى تعيينه قال ابن سماعة عن ابى يوسف فى نوادره فى رجل قال والله لا أزوج ابنتى الصغيرة فزوجها رجل بغير أمره فاجاز قال هو حانث لان حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فتتعلق بالمجيز ولو حلف لا يزوج ابنا له كبيرا فامر رجلا فزوجه ثم بلغ الابن فاجاز أو زوجه رجل وأجاز الاب ورضى الابن لم يحنث لان حقوق العقد لما لم تتعلق بالعاقد تعلقت بالمجيز فنسب العقد اليه وقال هشام عن محمد فى نوادره فى رجل حلف بطلاق امرأته ثلاثا لا يزوج بنتا له صغيرة فزوجها رجل من أهله أو غريب والاب حاضر ذلك المجلس حين زوجت الا انه ساكت حتى قال الذى زوج للذى خطب قد زوجتكها وقال الآخر قد قبلت والاب ساكت ثم قال بعد ما وقعت عقدة النكاح وهو فى ذلك المجلس قد أجزت النكاح فزعم محمد انه لا يحنث لان الذى زوج غيره وانما أجازه هو وكذلك اذا حلف على أمته لانه حلف على التزويج والاجازة تسمى نكاحا وتزويجا فقد فعل ما لم يتناوله الاسم فلا يحنث وقال ابن سماعة عن محمد فى نوادره فى رجل تزوج امرأة بغير أمرها زوجه وليها ثم حلف المتزوج أن لا يتزوجها أبدا ثم بلغها فرضيت بالنكاح أو كان رجل زوجها منه وهو لا يعلم ثم حلف بعد ذلك انه لا يتزوجها ثم بلغه النكاح فاجاز لم يحنث فى واحد من الوجهين لانه لم يتزوج بعد يمينه انما أجاز نكاحا قبل يمينه أو أجازته المرأة قال ابن سماعة عن محمد لو قال لا أتزوج فلانة بالكوفة فزوجها أبوها اياه بالكوفة ثم أجازت ببغداد كان حانثا وانما اجاز الساعة باجازتها النكاح الذى كان بالكوفة وكذلك قال فى الجامع لما ذكرنا ان الاجازة ليست بنكاح لان النكاح هو الايجاب والقبول

فعند انضمام الاجازة اليهما كان النكاح حاصلا بالكوفة فوجد شرط الحنث فيحنث وقال ابن سماعة عن محمد فى رجل قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فصار معتوها فزوجه اياها أبوه قال هو حانث لان حقوق العقد فى النكاح ترجع الى المعقود له فكان هو المتزوج فحنث قال المعلى سألت محمدا عن امرأة حلفت لا تزوج نفسها من فلان فزوجها منه رجل بأمرها فهى حانثة وكذلك لو زوجها رجل فرضيت وكذلك لو كانت بكرا فزوجها أبوها فسكتت لان العقد لما جاز برضاها وحقوقه تتعلق بها فصار كانها عقدت بنفسها وهذه الرواية تخالف ما ذكرنا من رواية هشام وكذلك لو حلف لا يأذن لعبده فى التجارة فرآه يشترى ويبيع انه ان سكت كان حانثا فى يمينه لان السكوت اذن منه فكانه اذن منه له بالنطق وروى بشر بن الوليد وعلى بن الجعد عن أبى يوسف انه لا يحنث لان السكوت ليس باذن وانما هو اسقاط حقه عن المنع من تصرف العبد ثم العبد يتصرف بمالكية نفسه بعد زوال الحجر فان حلف لا يسلم لفلان شفعة فبلغه انه اشترى دارا هو شفيعها فسكت لا يحنث لان الساكت ليس بمسلم وانما هو مسقط حقه بالاعراض عن الطلب قال عمرو عن محمد فى رجل حلف لا يزوج عبده فتزوج العبد بنفسه ثم أجاز المولى يحنث ولو حلف الاب لا يزوج ابنته فزوجها عمها وأجاز الاب لم يحنث لان غرض المولى باليمين ان لا تتعلق برقبة عبده حقوق النكاح وقد علق بالاجازة وغرض الاب ان لا يفعل ما يسمى نكاحا والاجازة ليست بنكاح وقال على و بشر عن أبى يوسف لو حلف لا يؤخر عن فلان حقه شهرا او سكت عن تقاضيه حتى مضى الشهر لم يحنث وهذا قول أبى حنيفة لان التأخير هو التأجيل وترك التقاضى ليس بتاجيل قال ولو ان امرأة حلفت لا تاذن فى تزويجها وهى بكر فزوجها أبوها فسكتت فانها لا تحنث والنكاح لها لازم لان السكوت ليس باذن حقيقة وانما أقيم مقام الاذن بالسنة وروى بشر عن أبى يوسف اذا حلف لا يبيع ثوبه الا بعشرة دراهم فباعه بخمسة ودينار حنث لانه منع نفسه عن كل بيع واستثنى بيعه بصفة وهو ان يكون بعشرة ولم يوجد فبقى تحت المستثنى منه فان باعه بعشرة دنانير لم يحنث لانه باعه بعشرة و بغيرها والعشرة مستثنى وروى هشام عن أبى يوسف فى رجل قال والله لا أبيعك هذا الثوب بعشرة حتى تزيدنى فباعه بتسعة لا يحنث فى القياس وفى الاستحسان يحنث وبالقياس آخذ (وجه) القياس ان شرط حنثه البيع بعشرة وما باع بعشرة بل بتسعة (وجه) الاستحسان ان المراد من مثل هذا الكلام فى العرف ان لا يبيعه الا باكثر من عشرة وقد باعه لا باكثر من عشرة فيحنث وقال المعلى عن محمد اذا حلف لا يبيع هذا الثوب بعشرة الا بزيادة قال ان باعه بأقل من عشرة أو بعشرة فانه حانث وهذا بمنزلة قوله لا أبيعه الا بزيادة على عشرة لانه منع نفسه من كل بيع واستثنى بيعا واحدا وهو الذى زيد ثمنه على عشرة أن معنى قوله لا أبيع هذا الثوب بعشرة الا بزيادة أى لا أبيعه الا بزيادة على العشرة ليصح الاستثناء وما باعه بزيادة على عشرة فيحنث ولو قال حتى ازداد فباعه بعشرة حنث وان باعه باقل أو أكثر لم يحنث لانه حلف على بيع بصفة وهو ان يكون بعشرة فاذا باع بتسعة لم يوجد البيع المحلوف عليه ولو قال عبده حر ان اشتراه باثنى عشر فاشتراه بثلاثة عشر دينارا حنث لانه اشتراه بما حلف عليه وان كان معه زيادة ولو قال أول عبد اشتريه فهو حر أو آخر عبد او أوسط عبد فالاول اسم لفرد سابق والآخر من المحدثات اسم لفرد لاحق والاوسط اسم لفرد اكتنفته حاشيتان متساويتان اذا عرف هذا فنقول اذا قال أول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا واحدا بعد يمينه عتق لانه أول عبد اشتراه لكونه فردا لم يتقدمه غيره فى الشراء فان اشترى عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لا غير لان نصف العبد لا يسمى عبدا فصار كما لو اشترى عبدا وثوبا بخلاف ما اذا قال أول كر اشتريه صدقة فاشترى كرا ونصفا لم يتصدق بشئ لان الكر ليس باول بدليل انا لو عزلنا كرا فالنصف الباقى مع نصف المعزول يسمى كرا فلم يكن هذا أول كر اشتراه فان كان أول ما اشترى عبدين لم يعتق واحد منهما ولا يعتق ما اشترى بعدهما أيضا لانعدام معنى الانفراد فيهما ولانعدام معنى السبق فيما بعدهما ولو قال آخر عبد اشتريه فهو حر فهذا على ان يشترى عبدا واحدا بعد غيره أو يموت المولى لان عنده يعلم انه آخر لجواز ان يشترى غيره ما دام حيا واختلف فى وقت عتقه فعلى قول أبى حنيفة يعتق

يوم اشتراه حتى يعتق من جميع المال وعلى قولهما يعتق فى آخر جزء من أجزاء حياته و يعتق من الثلث وسنذكر
هذه المسائل فى كتاب العتاق ولو قال أوسط عبد أشتريه فهو حر فكل فرد له حاشيتان متساويتان فيما قبله وفيما
بعده فهو أوسط ولا يكون الاول ولا الآخر وسطا أبدا ولا يكون الوسط الا فى وتر ولا يكون فى شفع فاذا اشترى
عبدا ثم عبدا ثم عبدا فالثانى هو الاوسط فان اشترى رابعا خرج الثانى من ان يكون أوسط فان اشترى خامسا
صار الثالث هو الاوسط فان اشترى سادسا خرج من ان يكون أوسط وعلى هذا كلما صار العدد شفعا فلا وسط له
وكل من حصل فى النصف الاول خرج من ان يكون وسطا

﴿فصل﴾ (وأما) الحلف على أمور متفرقة اذا قال ان كانت هذه الجملة حنطة فامرأته طالق ثلاثا فاذا هى حنطة
وتمر لم يحنث لانه جعل شرط حنثه كون الجملة حنطة والجملة ليست بحنطة فلم يوجد الشرط ولو قال ان كانت هذه الجملة
الا حنطة فامرأته طالق ثلاثا فكانت تمرا وحنطة يحنث فى قول أبى يوسف ولا يحنث عند محمد وان كانت الجملة
كلها حنطة لا يحنث بلا خلاف وأبو يوسف يقول ان معنى هذا الكلام ان كان فى هذه الجملة غير حنطة فامرأته كذا
وقد تبين ان فى تلك الجملة غير حنطة فوجد شرط الحنث فيحنث ومحمد يقول ان المستثنى لا يعتبر وجوده لانه ليس
بداخل تحت اليمين انما الداخل تحتها المستثنى منه فيعتبر وجوده لا وجود المستثنى واذا لم يعتبر وجوده لا يعلم المستثنى
منه انه وجد أم لا فلا يحنث ونظير هذا ما قال فى الجامع ان كان لى الا عشرة دراهم فامرأته طالق فكان له أقل من عشرة
دراهم لم يحنث لان العشرة مستثناة فلا يعتبر وجودها وروى عن أبى يوسف رواية أخرى انه ان كان الحلف بطلاق
أو عتاق أو حج أو عمرة أو قال لله على كذا يحنث وان كان بالله تعالى لم يلزمه الكذب فيها ولا كفارة عليه لان هذا
حلف على أمر موجود فان كان بطلاق أو عتاق أو نذر لزمه وان كان بالله لم تنعقد يمينه وكذلك لو قال ان كانت الجملة
سوى الحنطة أو غير الحنطة فهو مثل قوله الا حنطة لان غير وسوى من ألفاظ الاستثناء وروى بشر عن أبى يوسف
فيمن قال والله ما دخلت هذه الدار ثم قال عبده حر ان لم يكن دخلها فان عبده لا يعتق ولا كفارة عليه فى اليمين بالله
تعالى وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف أما عدم وجوب الكفارة فى اليمين بالله تعالى فلانه ان كان صادقا فى قوله والله
ما دخلت هذه الدار فلا كفارة عليه وان كان كاذبا وهو عالم فلا كفارة عليه أيضا لانها يمين غموس وان كان جاهلا
فهى يمين اللغو فلا كفارة فيها وأما عدم عتق عبده فلان الحنث فى اليمين الاولى ليس مما يحكم به الحاكم حتى يصير
الحكم به كذابا للثانية لانها يمين بالله تعالى وانها لا تدخل تحت حكم الحاكم فلم يصر مكذبا فى اليمين الثانية باليمين الاولى فى
الحكم فلا يعتق العبد فان كانت اليمين الاولى بعتق أو طلاق حنث فى اليمينين جميعا فى قول محمد وهو قول أبى يوسف
الاول ثم رجع فقال اذا قال بعد ما حلف بالاولى أوهمت أو نسيت أو حلف بطلاق آخر أو عتاق انه دخلها لزمه الاول
ولم يلزمه الآخر وجه قوله الاول انه أكذب نفسه فى كل واحدة من اليمينين بالاخرى واعترف بوقوع ما حلف
عليه فيحنث وجه قوله الآخر انه أكذب نفسه فى اليمين الاولى بالآخرة ولم يكذب نفسه فى اليمين الثانية بعدما
عقدها والاكذاب قبل عقدها لا يتعلق به حكم فلم يحنث فيها فان رجع فحلف ثالثا لم يعتق الثالث وعتق الثانى لانه
أكذب نفسه فى اليمين بعد ما حلف عليه والله عز وجل أعلم واذا تزوج الرجل أمة فقال لها اذا مات مولاك فأنت
طالق اثنتين فمات المولى وهو وارثه لا وارث له غيره طلقت اثنتين وحرمت عليه عند أبى يوسف وقال محمد لا تطلق
ولا تحرم عليه ولو قال الزوج اذا مات مولاك فانت حرة فمات وهو وارثه لم تعتق فى قولهما وتعتق عند زفر والكلام
فى هذه المسائل يرجع الى معرفة أوان ثبوت الملك للوارث فزفر يقول وقت ثبوت الملك للوارث عقيب موت
المورث بلا فصل فكما مات ثبت الملك للوارث فقد أضاف العتق الى حال الملك فتصح اضافته اليه ولم تصح اضافة
الطلاق لان حال الملك حال زوال النكاح فلم تصح كما اذا قال لها اذا ملكتك فانت طالق وأبو يوسف يقول ان الملك
للوارث يثبت له عقيب زوال ملك المورث فيزول ملك الميت عقيب الموت أولا ثم يثبت للوارث والطلاق والعتاق

مضافا الى ما بعد الموت بلا فصل فاذا لم يكن ذلك زمان ثبوت الملك للوارث لم تصح اضافة العتق اليه اذ العتق لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى الملك وصحة اضافة الطلاق لا نعدام الاضافة الى حالة زوال النكاح فصحت الاضافة ووقع الطلاق وحرمت عليه ومحمد يقول القياس ما قال زفر ان الملك للوارث له يثبت عقيب الموت بلا فصل فقد أضاف الطلاق الى زمان بطلان النكاح فلم يصح وكان ينبغى ان تصح اضافة العتق اليه الا انى استحسنت ان لا تصح لان الاعتاق ازالة الملك والازالة تستدعى تقدم الثبوت والعتق مع الملك لا يجتمعان فى محل واحد فى زمان واحد ولو قال اذا مات مولاك فملكتك فانت حرة فمات المولى والزوج وارثه عتقت لانه أضاف العتق الى الملك ولو قال اذا مات مولاك فملكتك فانت طالق لم يقع الطلاق فى قولهم لانه اذا ملكها فقد زال النكاح فلا يتصور الطلاق ولو قال رجل لامته اذا مات فلان فانت حرة ثم باعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها اذا مات مولاك فانت طالق ثنتين ثم مات المولى وهو وارثه قال أبو يوسف يقع الطلاق ولا يقع العتاق وقال محمد لا يقعان جميعا وقال زفر يقع العتاق ولا يقع الطلاق أما وقوع الطلاق على قول أبى يوسف وعدم الوقوع على مذهب محمد وعدم ثبوت العتق على قولهما فلما ذكرنا وزفر يقول وجد عقد اليمين فى ملكه والشرط فى ملكه فما بين ذلك لا يعتبر كمن قال لامته ان دخلت الدار فانت حرة ثم باعها واشتراها فدخلت الدار والله عز وجل أعلم

## ﴿ كتاب الطلاق ﴾

قال الشيخ رحمه الله تعالى الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل يقع فى خمسة مواضع فى بيان صفة الطلاق وفى بيان قدره وفى بيان ركنه وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكمه أما الاول فالطلاق بحق الصفة نوعان طلاق سنة وطلاق بدعة وان شئت قلت طلاق مسنون وطلاق مكروه أما طلاق السنة فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى تفسير طلاق السنة انه ماهو والثانى فى بيان الالفاظ التى يقع بها طلاق السنة أما الاول فطلاق السنة نوعان نوع يرجع الى الوقت ونوع يرجع الى العدد وكل واحد منهما نوعان حسن وأحسن ولا يمكن معرفة كل واحد منهما الا بعد معرفة أصناف النساء وهن فى الاصل على صنفين حرائر واماء وكل صنف على صنفين حائلات وحاملات والحائلات على صنفين ذوات الاقراء وذوات الاشهر اذا عرف هذا فنقول و بالله التوفيق احسن الطلاق فى ذوات القرء أن يطلقها طلقة واحدة رجعية فى طهر لا جماع فيه ولا طلاق ولا فى حيضة طلاق ولا جماع و يتركها حتى تنقضى عدتها ثلاث حيضات ان كانت حرة وان كانت أمة حيضتان والاصل فيه ما روى عن ابراهيم النخعى رحمه الله انه قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يستحسنون ان لا يطلقوا للسنة الا واحدة ثم لا يطلقوا غير ذلك حتى تنقضى العدة وفى رواية أخرى قال فى الحكاية عنهم وكان ذلك عندهم أحسن من ان يطلق الرجل ثلاثة فى ثلاثة اطهار وهذا نص فى الباب ومثله لا يكذب ولان الكراهة لمكان احتمال الندم والطلاق فى طهر لا جماع فيه دليل على عدم الندم لان الطهر الذى لا جماع فيه زمان كمال الرغبة والفحل لا يطلق امرأته فى زمان كمال الرغبة الا لشدة حاجته الى الطلاق فالظاهر انه لا يلحقه الندم فكان طلاقه لحاجة فكان مسنونا ولو لحقه الندم فهو أقرب الى التدارك من الثلاث فى ثلاثة أطهار فكان أحسن وانما شرطنا ان يكون فى طهر لا طلاق فيه لان الجمع بين الطلقات الثلاث أو الطلقتين فى طهر واحد مكروه عندنا وانما شرطنا ان لا يكون فى حيضة جماع ولا طلاق لانه اذا جامعها فى حيض هذا الطهر احتمل انه وقع الجماع معلقا فيظهر الحبل فيندم على صنيعه فيظهر انه طلق لا لحاجة واذا طلقها فيه فالطلاق فيه بمنزلة الطلاق فى الطهر الذى بعده لان تلك الحيضة لا يعتد بها ولو طلقها فى الطهر يكره له أن يطلقها أخرى فيه فكذا اذا طلقها فى الحيض ثم طهرت وأما فى الحامل اذا استبان حملها فالاحسن أن يطلقها واحدة رجعية وان كان قد جامعها وطلقها عقيب الجماع لان الكراهة فى ذوات القرء لاحتمال الندامة لا لاحتمال الحبل فمتى طلقها مع علمه بالحبل فالظاهر

انه لا يندم وكذلك فى ذوات الشهر من الآيسة والصغيرة الاحسن أن يطلقها واحدة رجعية وان كان عقيب طهر جامعها فيه وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يفصل بين طلاق الآيسة والصغيرة و بين جماعهما بشهر وجه قوله ان الشهر فى حق الآيسة والصغيرة أقيم مقام الحيضة فيمن تحيض ثم يفصل فى طلاق السنة بين الوطء و بين الطلاق بحيضة فكذا يفصل بينهما فيمن لا تحيض بشهر كما يفصل بين التطليقتين ولنا ان كراهة الطلاق فى الطهر الذى وجد الجماع فيه فى ذوات الاقراء لاحتمال ان تحبل بالجماع فيندم وهذا المعنى لا يوجد فى الآيسة والصغيرة وان وجد الجماع ولان الاياس والصغر فى الدلالة على براءة الرحم فوق الحيضة فى ذوات الاقراء فلما جاز الايقاع ثمة عقيب الحيضة فلان يجوز هنا عقيب الجماع أولى وأما الحسن فى الحرة التى هى ذات القرء أن يطلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار لا جماع فيها بان يطلقها واحدة فى طهر لا جماع فيه ثم اذا حاضت حيضة أخرى وطهرت طلقها أخرى ثم اذا حاضت وطهرت طلقها أخرى وان كانت أمة طلقها واحدة ثم اذا حاضت وطهرت طلقها اخرى وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا أعرف طلاق السنة الا ان يطلقها واحدة و يتركها حتى تنقضى عدتها وجه قوله ان الطلاق المسنون هو الطلاق لحاجة والحاجة تندفع بالطلقة الواحدة فكانت الثانية والثالثة فى الطهر الثانى والثالث تطليقا من غير حاجة فيكره لهذا أكره الجمع كذا التفريق اذ كل ذلك طلاق من غير حاجة (ولنا) قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أى ثلاثا فى ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى ان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما طلق امرأته حالة الحيض فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال النبى صلى الله عليه وسلم أخطأت السنة ما هكذا أمرك ربك ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء فسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطلاق للعدة بالثلاث فى ثلاثة أطهار والله عز وجل أمر به وأدنى درجات الامر الندب والمندوب اليه يكون حسنا ولان رسول الله صلى الله عليه وسلم نص على كونه سنة حيث قال ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة والدليل عليه ما روى عن ابراهيم النخعى فى حكايته عن الصحابة رضى الله عنهم أجمعين وكان ذلك عندهم أحسن من ان يطلق الرجل امرأته ثلاثا فى ثلاثة أطهار واذا كان ذلك أحسن من هذا كان هذا حسنا فى نفسه ضرورة وأما قوله ان الثانية والثالثة تطليق من غير حاجة فممنوع فان الانسان قد يحتاج الى حسم باب نكاح امرأته على نفسه لما ظهر له ان نكاحها ليس بسبب المصلحة له دنيا ودينا لكن يميل قلبه اليها لحسن ظاهرها فيحتاج الى الحسم على وجه ينسد باب الوصول اليها ولا يلحقه الندم ولا يمكنه دفع هذه الحاجة بالثلاث جملة واحدة لانها تعقب الندم عسى ولا يمكنه التدارك فيقع فى الزنا فيحتاج الى ايقاع الثلاث فى ثلاثة أطهار فيطلقها تطليقة رجعية فى طهر لا جماع فيه و يجرب نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان لم يمكنه راجعها وان أمكنه طلقها تطليقة أخرى فى الطهر الثانى و يجرب نفسه ثم يطلقها ثالثة فى الطهر الثالث فينحسم باب النكاح عليه من غير ندم يلحقه ظاهراً أو غالبا فكان ايقاع الثانية والثالثة فى الطهر الثانى والثالث طلاقا لحاجة فكان مسنونا على ان الحكم تعلق بدليل الحاجة لا بحقيقتها لكونها أمراً باطنا لا يوقف عليه الا بدليل فيقام الطهر الخالى عن الجماع مقام الحاجة الى الطلاق فكان تكرار الطهر دليل تجدد الحاجة فيبنى الحكم عليه ثم اذا وقع عليها ثلاث تطليقات فى ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة لان العدة بالحيض عندنا و بقيت حيضة واحدة فاذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وان كانت أمة فان وقع عليها تطليقتان فى طهرين فقد مضت من عدتها حيضة و بقيت حيضة واحدة فاذا حاضت حيضة أخرى فقد انقضت عدتها وان كانت من ذوات الاشهر طلقها واحدة رجعية واذا مضى شهر طلقها أخرى ثم اذا مضى شهر طلقها أخرى ثم اذا كانت حرة فوقع عليها ثلاث تطليقات ومضى من عدتها شهران و بقى شهر واحد من عدتها فاذا مضى شهر آخر فقد انقضت عدتها وان كانت أمة و وقع عليها تطليقتان فى شهر و بقى من عدتها نصف شهر فاذا مضى نصف شهر فقد انقضت عدتها وان كانت حاملا فكذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف

يطلقها ثلاثا للسنة و يفصل بين كل طلاقها بشهر وقال محمد لا يطلق الحامل للسنة الا طلقة واحدة وهو قول زفر وذكر
محمد رحمه الله فى الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن مسعود وجابر بن عبد الله والحسن البصرى رضى الله عنهم ولا
خلاف فى ان الممتد طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة وجه قول محمد و زفر ان اباحة التفريق فى الشرع متعلقة بتجدد
فصول العدة لان كل قرء فى ذوات الاقراء فصل من فصول العدة وكل شهر فى الآيسة والصغيرة فصل من فصول
العدة ومدة الحمل كلها فصل واحد من العدة لتعذر الاستبراء به فى حق الحامل فلم يكن فى معنى مورد الشرع فلا يفصل
بالشهر ولهذا لم يفصل فى الممتد طهرها بالشهر كذا ههنا ولابى حنيفة وأبى يوسف قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك
بمعروف أو تسريح باحسان شرع الثلاث متفرقات من غير فصل بين الحامل والحائل اما شرعية طلقة وطلقة فبقوله
تعالى الطلاق مرتان لان معناه دفعتان على ماذكرنا ان شاء الله تعالى وشرعية الطلقة الثالثة بقوله عز وجل أو تسريح
باحسان أو بقوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل ولان الحامل ليست من
ذوات الاقراء فيفصل بين طلاقها بشهر كالآيسة والصغيرة والجامع ان الفصل هناك بشهر لكون الشهر زمان
تجدد الرغبة فى العادة فيكون زمان تجدد الحاجة وهذا المعنى موجود فى الحامل فيفصل فأما كون الشهر فصلا من
فصول العدة فلا أثر له فكان من أوصاف الوجود لا من أوصاف التأثير انما المؤثر ماذكرنا فينبنى الحكم عليه وماذكر
محمد رحمه الله فى الاصل لا حجة له فيه لان لفظ الحديث أفضل طلاق الحامل ان يطلقها واحدة ثم يدعها حتى تضع حملها
وبه نقول ان ذلك أفضل ولا كلام فيه وأما الممتد طهرها فانما لا تطلق للسنة الا واحدة لانها من ذوات الاقراء
لانها قد رأت الدم وهى شابة لم تدخل فى حد الاياس الا انه امتد طهرها لداء فيها يحتمل الزوال ساعة فساعة فبقى أحكام
ذوات الاقراء فيها ولا تطلق ذوات الاقراء فى طهر لا جماع فيه للسنة الا واحدة والله عز وجل أعلم ولو طلق امرأته
تطليقة واحدة فى طهر لا جماع فيه ثم راجعها بالقول فى ذلك الطهر فله أن يطلقها فى ذلك الطهر فى قول أبى حنيفة و زفر
وقال أبو يوسف لا يطلق فى ذلك الطهر للسنة وهو قول الحسن بن زياد وقول محمد مضطرب ذكره أبو جعفر
الطحاوى مع قول أبى حنيفة وذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبى يوسف ولو أبانها فى طهر لم يجامعها ثم تزوجها فله أن
يطلقها فى ذلك الطهر بالاجماع (وجه) قول أبى يوسف ان الطهر طهر واحد والجمع بين طلاقين فى طهر واحد لا
يكون سنة كما قبل الرجعة ولابى حنيفة انه لما راجعها فقد أبطل حكم الطلاق وجعل الطلاق كانه لم يكن فى حق الحكم
ولانها عادت الى الحالة الاولى بسبب من جهته فكان له أن يطلقها أخرى كما اذا أبانها فى طهر لم يجامعها فيه ثم تزوجها
وعلى هذا الخلاف اذا راجعها بالقبلة أو باللمس عن شهوة أو بالنظر الى فرجها عن شهوة وعلى هذا الخلاف اذا أمسك
الرجل امرأته بشهوة فقال لها فى حال الملامسة بشهوة بان كان أخذ بيدها لشهوة أنت طالق ثلاثا للسنة وذلك فى
طهر لم يجامعها فيه انه يقع عليها ثلاث تطليقات على التعاقب للسنة فى قول أبى حنيفة رحمه الله فتقع التطليقة الاولى
و يصير مراجعا لها بالامساك عن شهوة ثم تقع الاخرى و يصير مراجعا بالامساك ثم تقع الثالثة وعند أبى يوسف
لا يقع عليها للسنة إلا واحدة والطلاقان الباقيان انما يقعان فى الطهرين الباقيين وهذا اذا راجعها بالقول أو بفعل المس
عن شهوة فاما اذا راجعها بالجماع بان طلقها فى طهر لا جماع فيه ثم جامعها حتى صار مراجعا لها ثم اذا أراد أن يطلقها فى
ذلك الطهر ليس له ذلك بالاجماع لان حكم الطلاق قد بطل بالمراجعة فبقى ذلك الطهر طهرا مبتدأ جامعها فيه فلا يجوز
له أن يطلقها فيه هذا اذا راجعها بالجماع فلم تحمل منه فان حملت منه فله أن يطلقها أخرى فى قول أبى حنيفة ومحمد و زفر
وعند أبى يوسف ليس له أن يطلقها حتى تمضى شهر من التطليقة الاولى أبو يوسف يقول هذا طهر واحد فلا يجمع فيه
بين طلاقين كما فى المسئلة الاولى وهم يقولون ان الرجعة أبطلت حكم الطلاق وألحقته بالعدم وكراهة الطلاق فى الطهر
الذى جامعها فيه لمكان الندم لاحتمال الحمل فاذا طلقها مع العلم بالحمل لا يندم كما لو لم يكن طلقها فى هذا الطهر ولكنه
جامعها فيه فحملت كان له أن يطلقها لما قلنا كذا هذا ولو طلق الصغيرة تطليقة ثم حاضت وطهرت قبل مضى شهر فله

ان

أن يطلقها أخرى فى قولهم جميعا لانها لما حاضت فقد بطل حكم الشهر لان الشهر فى حقها بدل من الحيض ولا حكم للبدل مع وجود المبدل وأما اذا طلق امرأته وهى من ذوات الاقراء ثم أيست فله أن يطلقها أخرى حتى تيأس فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا يطلقها حتى يمضى شهر وجه قوله ان هذا طهر واحد فلا يحتمل طلاقين ولابى حنيفة ان حكم الحيض قد بطل باليأس وانتقل حالها من العدة بالحيض الى العدة بالاشهر وذلك يفصل بين التطليقتين كالانتقال من الشهور الى الحيض فى حق الصغيرة وهذا التفريع انما يتصور على الرواية التى قدرت للاياس حدا معلوما خمسين سنة أو ستين سنة فاذا تمت هذه المدة بعد التطليقة جاز له أن يطلقها أخرى عند أبى حنيفة لما ذكرنا فاما على الرواية التى لم تقدر للاياس مدة معلومة وانما علقته بالعادة فلا يتصور هذا التفريع ولو طلق امرأته فى حال الحيض ثم راجعها ثم أراد طلاقها ذكر فى الاصل انها اذا طهرت ثم حاضت ثم طهرت طلقها ان شاء وذكر الطحاوى انه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة وذكر الكرخى ان ما ذكره الطحاوى قول أبى حنيفة وما ذكره فى الاصل قول أبى يوسف ومحمد وجه ما ذكر فى الاصل ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضى الله عنه لما طلق ابنه عبد الله امرأته فى حالة الحيض مر ابنك فليراجعها ثم يدعها الى أن تحيض فتطهر ثم تحيض فتطهر ثم ليطلقها ان شاء طاهرا من غير جماع أمره صلى الله عليه وسلم بترك الطلاق الى غاية الطهر الثانى فدل ان وقت طلاق السنة هو الطهر الثانى دون الاول ولان الحيضة التى طلقها فيها غير محسوبة من العدة فكان ايقاع الطلاق فيها كايقاع الطلاق فى الطهر الذى يليها ولو طلق فى الطهر الذى يليها لم يكن له أن يطلق فيه أخرى كذا هذا وجه ما ذكره الطحاوى ان هذا طهر لا جماع فيه ولا طلاق حقيقة فكان له أن يطلقها فيه كالطهر الثانى وأما الحديث فقد روينا ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر أخطأت السنة ما هكذا أمرك الله تعالى ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة جعل صلى الله عليه وسلم الطلاق فى كل طهر طلاقا على وجه السنة والطهر الذى يلى الحيضة طهر فكان الايقاع فيه ايقاعا على وجه السنة فيجمع بين الروايتين فتحمل تلك الرواية على الاحسن لانه صلى الله عليه وسلم أمر بالتطليقة الواحدة فى طهر واحد لا جماع فيه وهذا أحسن الطلاق وهذه الرواية على الحسن لانه أمره بالثلاث فى ثلاثة أطهار جمعا بين الروايتين عملا بهما جميعا بقدر الامكان

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الالفاظ التى يقع بها طلاق السنة فالالفاظ التى يقع بها طلاق السنة نوعان نص ودلالة (أما) النص فنحو أن يقول أنت طالق للسنة وجملته ان الرجل اذا قال لامرأته وهى مدخول بها أنت طالق للسنة ولا نية له فان كانت من ذوات الاقراء وقعت تطليقة للحال ان كانت طاهرا من غير جماع وان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم تقع الساعة فاذا حاضت وطهرت وقعت بها تطليقة واحدة لان قوله أنت طالق للسنة ايقاع تطليقة بالسنة المعرفة باللام لان اللام الاولى للاختصاص فيقتضى أن تكون التطليقة مختصة بالسنة فاذا أدخل لام التعريف فى السنة فيقتضى استغراق السنة وهذا يوجب تمحضها سنة بحيث لا يشوبها معنى البدعة أو تنصرف الى السنة المتعارفة فيما بين الناس والسنة المتعارفة المعهودة فى باب الطلاق ما لا يشوبها معنى البدعة وليس ذلك الا الواقع فى طهر لا جماع فيه وان نوى ثلاثا فثلاث لان التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف نوعان حسن وأحسن فالاحسن أن يطلقها واحدة فى طهر لا جماع فيه والحسن أن يطلقها ثلاثا فى ثلاثة أطهار فاذا نوى الثلاثة فقد نوى أحد نوعى التطليقة المختصة بالسنة فتصح نيته كما لو قال أنت طالق ثلاثا للسنة وان أراد واحدة بائنة لم تكن بائنة لان لفظة الطلاق لا تدل على البينونة وكذا لفظ السنة بل تمنع ثبوت البينونة لان الابانة ليست بمسنونة على ظاهر الرواية ويستحيل أن يثبت باللفظ ما يمنع ثبوته وان نوى الثنتين لم يكن ثنتين لانه عدد محض بخلاف الثلاث لانه فرد من حيث انه كل جنس الطلاق ولو أراد بقوله طالق واحدة وبقوله للسنة أخرى لم يقع لان قوله للسنة ليس من ألفاظ الطلاق بدليل انه لو قال لامرأته أنت للسنة ونوى الطلاق لا يقع ولو قال أنت طالق ثنتين للسنة أو ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر لم يجامعها تطليقة لانها هى

التطليقة المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف ولو قال أنت طالق ثلاثا للسنة ونوى الوقوع للحال صحت نيته ويقع الثلاث من ساعة تكلم عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تصح نيته وتتفرق على الاطهار وجه قوله انه نوى مالا يحتمله لفظه فتبطل نيته و بيان ذلك ان قوله أنت طالق ثلاثا للسنة ايقاع التطليقات الثلاث فى ثلاثة أطهار لانها هى التطليقات المختصة بالسنة المعرفة بلام التعريف فصار كانه قال أنت طالق ثلاثا فى ثلاثة أطهار ولو نص على ذلك ونوى الوقوع للحال لم تصح نيته كذا هذا ( ولنا ) ان الطلاق تصرف مشروع فى ذاته وانما الحظر والحرمة فى غيره لما تبين فكان كل طلاق فى أى وقت كان سنة فكان ايقاع الثلاث فى الحال ايقاعا على وجه السنة حقيقة الا ان السنة عند الاطلاق تنصرف الى مالا يشوبه معنى البدعة بملازمة الحرام اياه للعرف والعادة فاذا نوى الوقوع للحال فقد نوى ما يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه فتصح نيته ولان السنة نوعان سنة ايقاع وسنة وقوع لان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لما تبين فاذا نوى الوقوع للحال فقد نوى أحد نوعى السنة فكانت نيته محتملة لما نوى فصحت وان كانت آيسة أو صغيرة فقال لها أنت طالق للسنة ولا نية له طلقت للحال واحدة وان كان قد جامعها وكذا اذا كانت حاملا قد استبان حملها وان نوى الثلاث بقوله للآيسة والصغيرة أنت طالق ثلاثا للسنة يقع للحال واحدة و بعد شهر أخرى و بعد شهر أخرى وكذا فى الحامل على قول أبى حنيفة وأبى يوسف وأما على قول محمد لا يقع الا واحدة بناء على ان الحامل تطلق ثلاثا للسنة عندهما وعنده لا تطلق للسنة الا واحدة ولو قال أنت طالق تطليقة للسنة فهو مثل قوله أنت طالق للسنة وكذلك اذا قال أنت طالق طلاق السنة ( وأما ) الدلالة فنحو ان يقول أنت طالق طلاق العدة أو طلاق العدل أو طلاق الدين او طلاق الاسلام أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب أما طلاق العدة فلانه الطلاق فى طهر لا جماع فيه لقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وطلاق العدل هو المائل عن الباطل الى الحق لان العدل عند الاطلاق ينصرف اليه وان كان الاسم فى اللغة وضع دلالة على مطلق الميل كاسم الجور وعند الاطلاق ينصرف الى الميل من الحق الى الباطل وان وضع فى اللغة دلالة على مطلق الميل والطلاق المائل من الباطل الى الحق هو طلاق السنة وطلاق الدين والاسلام والقرآن والكتاب هو ما يقتضيه الدين والاسلام والقرآن والكتاب وهو طلاق السنة وكذلك طلاق الحق هو ما يقتضيه الدين اى الحق وذلك طلاق السنة وكذلك قوله أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق أو أعدل الطلاق لانه أدخل ألف التفضيل وأضاف الى الطلاق المعرف باللام الواقع على الحسن فيقتضى وقوع طلاق له مزية على جميع أنواع الطلاق بالحسن والجمال والعدالة كما اذا قيل فلان أعلم الناس يوجب هذا مزية له على جميع طبقات الناس فى العلم وهذا تفسير طلاق السنة ولو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة يقع للحال ولو قال أنت طالق تطليقة عدلة أو عدلية أو عادلة أو سنية يقع للسنة فى قول أبى يوسف وسوى بينه و بين قوله أنت طالق للسنة وفرق بينه و بين قوله أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة ذكر محمد فى الجامع الكبير أنه يقع للحال تطليقة رجعية سواء كانت حائضا أو غير حائض جامعها فى طهرها أو لم يجامعها وسوى بينه و بين قوله أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة وفرق بين هذا و بين قوله أنت طالق للسنة وجه قول محمد ان قوله أنت طالق تطليقة سنية وصف التطليقة بكونها سنية والطلاق فى أى وقت كان فهو سنى لانه تصرف مشروع و باقتران الفسخ به لا يخرج من أن يكون مشروعا فى ذاته وهذا القدر يكفى لصحة الاتصاف بكونها سنية ولا يشترط الكمال الا يرى انه لو قال لامرأته أنت بائن يقع تطليقة واحدة ولا ينصرف الى الكمال وهو البينونة الحاصلة بالثلاث كذا ههنا ولهذا وقع الطلاق للحال فى قوله حسنة أو جميلة بخلاف قوله أنت طالق للسنة لان ذلك ايقاع تطليقة مختصة بالسنة لان اللام الاولى للاختصاص كما يقال هذا اللجام للفرس وهذا الاكاف لهذه البغلة وهذا القفل لهذا الباب واللام الثانية للتعريف فان كانت لتعريف الجنس وهو جنس السنة اقتضى صفة التمحض للسنة وهو أن لا يشوبها بدعة وان كانت لتعريف المعهود فالسنة المعهودة فى باب الطلاق مالا يشوبه معنى البدعة وهو الطلاق فى طهر لا جماع فيه وجه قول أبى يوسف ان هذا الايقاع

طلاق موصوف بكونه سنيا مطلقا فلا يقع الا على صفة السنة المطلقة والطلاق السنى على الاطلاق لا يقع فى غير وقت السنة ولهذا يقع فى وقت السنة فى قوله أنت طالق للسنة كذا هذا وفرق أبو يوسف بين السنية و بين الحسنة والجميلة وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للطلاق يجعل صفة له كقوله سنية وعدلية وما كان الغالب فيه أن يجعل صفة للمرأة يجعل صفة لها كقوله حسنة وجميلة لان المرأة مذكورة فى اللفظ بقوله أنت والتطليقة مذكورة أيضا فيحمل على ما يغلب استعمال اللفظ فيه ولو قال لامرأته وهى ممن تحيض أنت طالق للحيض وقع عند كل طهر من كل حيضة تطليقة لان الحيضة التى يضاف اليها الطلاق هى اطهار العدة وان كانت ممن لا تحيض فقال لها أنت طالق للحيض لا يقع عليها شئ لانه أضاف الطلاق الى ما ليس بموجود فصار كانه علقه لشرط لم يوجد ولو قال لها وهى ممن لا تحيض أنت طالق للشهور يقع للحال واحدة و بعد شهر أخرى و بعد شهر أخرى لان الشهور التى يضاف اليها الطلاق هى شهور العدة وكذا الحامل على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولو نوى بشئ من الالفاظ التى يقع بها طلاق السنة وهو الطلاق فى الطهر الذى لا جماع فيه الوقوع للحال تصح نيته و يكون على ما عنى لانه نوى ما يحتمله كلامه اما فى لفظ الاحسن والاجمل والاعدل فلان ألف التفضيل قد تذكر و يراد به مطلق الصفة قال الله سبحانه وتعالى وهو أهون عليه أى هين عليه اذ لا تفاوت للاشياء فى قدرة الله تعالى بل هى بالنسبة الى قدرته سواء وقد نوى ما يحتمله لفظه ولا تهمة فى العدول عن هذا الظاهر لما فيه من التشديد على نفسه فكان مصدقا وكذا فى سائر الالفاظ لما ذكرنا ان الطلاق تصرف مشروع فى نفسه فكان ايقاعه سنة فى كل وقت أولان وقوعه عرف بالسنة على ما نذكر وذكر بشر عن أبى يوسف ان هذا النوع من الالفاظ أقسام ثلاثة قسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه و بين الله تعالى وفى القضاء نوى أو لم ينو وقسم منها يكون طلاق السنة فيما بينه و بين الله تعالى وفى القضاء إن نوى وان لم ينو لا يكون للسنة و يقع الطلاق للحال وقسم منها ما يصدق فيه اذا قال نويت به طلاق السنة فيما بينه و بين الله تعالى و يقع فى أوقاتها ولا يصدق فى القضاء بل يقع للحال أما القسم الاول فهو أن يقول أنت طالق للعدة أو انت طالق طلاق العدل أو طلاق الدين أو طلاق الاسلام أو قال أنت طالق طلاقا عدلا أو طلاق عدة أو طلاق سنة أو أحسن الطلاق أو أجمل الطلاق أو طلاق الحق أو طلاق القرآن أو طلاق الكتاب أو قال أنت طالق للسنة أو فى السنة أو بالسنة أو مع السنة أو عند السنة أو على السنة (وأما) القسم الثانى فهو أن يقول أنت طالق فى كتاب الله عز وجل أو بكتاب الله عز وجل أو مع كتاب الله عز وجل لان فى كتاب عز وجل دليل وقوع الطلاق للسنة والبدعة لان فيه شرع الطلاق مطلقا فكان الطلاق تصرفا مشروعا فى نفسه فكان كلامه محتمل الامرين فوقف على نيته وأما القسم الثالث فهو أن يقول أنت طالق على الكتاب أو بالكتاب أو على قول القضاة أو على قول الفقهاء أو قال أنت طالق طلاق القضاة أو طلاق الفقهاء لان القضاة والفقهاء يقولون من كتاب الله عز وجل قال الله عز وجل ولا رطب ولا يابس الا فى كتاب مبين وفى كتاب الله عز وجل دليل الامرين جميعا لما بينا فكان لفظه محتملا للامرين فيصدق فيما بينه و بين الله عز وجل و يقع فى وقت السنة ولا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر والله عز وجل أعلم ولو كان الزوج غائبا فاراد أن يطلقها للسنة واحدة فانه يكتب اليها اذا جاءك كتابى هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق وان أراد أن يطلقها ثلاثا يكتب اليها اذا جاءك كتابى هذا ثم حضت وطهرت فانت طالق ثم اذا حضت وطهرت فانت طالق ثم اذا حضت وطهرت فأنت طالق وذكر محمد فى الرقيات انه يكتب اليها اذا جاءك كتابى هذا فعلمت ما فيه ثم حضت وطهرت فانت طالق وتلك الرواية أحوط والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما طلاق البدعة فالكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى تفسيره وفى بيان الالفاظ التى يقع بها طلاق البدعة وفى بيان حكمه أما الاول فطلاق البدعة نوعان أيضا نوع يرجع الى الوقت ونوع يرجع الى العدد أما الذى يرجع الى الوقت فنوعان أيضا أحدهما الطلقة الواحدة الرجعية فى حالة الحيض اذا كانت مدخولا بها سواء كانت حرة أو أمة

لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعبد الله بن عمر حين طلق امرأته فى حالة الحيض أخطأت السنة ولان فيه تطويل العدة عليها لان الحيضة التى صادفها الطلاق فيه غير محسوبة من العدة فتطول العدة عليها وذلك اضرار بها ولان الطلاق للحاجة هو الطلاق فى زمان كمال الرغبة وزمان الحيض زمان النفرة فلا يكون الاقدام عليه فيه دليل الحاجة الى الطلاق فلا يكون الطلاق فيه سنة بل يكون سفها الا أن هذا المعنى يشكل بما قبل الدخول فالصحيح هو المعنى الاول واذا طلقها فى حالة الحيض فالافضل أن يراجعها لما روى ان ابن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حالة الحيض أمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولانه اذا راجعها أمكنه أن يطلقها للسنة فتبين منه بطلاق غير مكروه فكانت الرجعة أولى ولو امتنع عن الرجعة لا يجبر عليها وذكر فى العيون أن الامة اذا أعتقت فلا بأس بأن تختار نفسها وهى حائض وكذلك الصغيرة اذا أدركت وهى حائض وكذلك امرأة العنين وهى حائض والثانى الطلقة الواحدة الرجعية فى ذوات الاقراء فى طهر جامعها فيه حرة كانت أو أمة لاحتمال انها حملت بذلك الجماع وعند ظهور الحمل يندم فتبين انه طلقها لا لحاجة وفائدة فكان سفها فلا يكون سنة ولانه اذا جامعها فقد قلت رغبته اليها فلا يكون الطلاق فى ذلك الطهر طلاقا لحاجة على الاطلاق فلم يكن سنة وأما الذى يرجع الى العدد فهو ايقاع الثلاث أو الثنتين فى طهر واحد لا جماع فيه سواء كان على الجمع بان أوقع الثلاث جملة واحدة أو على التفاريق واحدا بعد واحد بعد ان كان الكل فى طهر واحد وهذا قول أصحابنا وقال الشافعى لا أعرف فى عدد الطلاق سنة ولا بدعة بل هو مباح وانما السنة والبدعة فى الوقت فقط احتج بعمومات الطلاق من الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وقوله عز وجل الطلاق مرتان وقوله عز وجل لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن شرع الطلاق من غير فصل بين الفرد والعدد والمفترق والمجتمع وأما السنة فقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبى والدليل على ان عدد الطلاق فى طهر واحد مشروع انه معتبر فى حق الحكم بلا خلاف بين الفقهاء وغير المشروع لا يكون معتبرا فى حق الحكم ألا ترى ان بيع الخل والصفر ونكاح الاجانب لما كان مشروعا كان معتبرا فى حق الحكم وبيع الميتة والدم والخمر والخنزير ونكاح المحارم لما لم يكن مشروعا لم يكن معتبرا فى حق الحكم وههنا لما اعتبر فى حق الحكم دل انه مشروع وبهذا عرفت شرعية الطلقة الواحدة فى طهر واحد والثلاث فى ثلاثة أطهار كذا المجتمع (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن أى فى أطهار عدتهن وهو الثلاث فى ثلاثة أطهار كذا فسره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما ذكرنا فيما تقدم أمر بالتفريق والامر بالتفريق يكون نهيا عن الجمع ثم ان كان الامر أمر ايجاب كان نهيا عن ضده وهو الجمع نهى تحريم وان كان أمر ندب كان نهيا عن ضده وهو الجمع نهى ندب وكل ذلك حجة على المخالف لان الاول يدل على التحريم والآخر يدل على الكراهة وهو لا يقول بشئ من ذلك وقوله تعالى الطلاق مرتان أى دفعتان ألا ترى ان من أعطى آخر درهمين لم يجز ان يقال أعطاه مرتين حتى يعطيه دفعتين وجه الاستدلال ان هذا وان كان ظاهره الخبر فان معناه الامر لان الحمل على ظاهره يؤدى الى الخلف فى خبر من لا يحتمل خبره الخلف لان الطلاق على سبيل الجمع قد يوجد وقد يخرج اللفظ مخرج الخبر على ارادة الجمع قال الله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن أى ليتربصن وقال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أى ليرضعن ونحو ذلك كذا هذا فصار كانه سبحانه وتعالى قال طلقوهن مرتين اذا أردتم الطلاق والامر بالتفريق نهى عن الجمع لانه ضده فيدل على كون الجمع حراما أو مكروها على ما بينا فان قيل هذه الآية حجة عليكم لانه ذكر جنس الطلاق وجنس الطلاق ثلاث والثلاث اذا وقع دفعتين كان الواقع فى دفعة طلقتان فيدل على كون الطلقتين فى دفعة مسنونتين فالجواب ان هذا أمر بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق الثلاث لانه أمر بالرجعة عقيب الطلاق مرتين أى دفعتين بقوله تعالى فامساك بمعروف أى وهو الرجعة وتفريق الطلاق وهو ايقاعه دفعتين لا يتعقب الرجعة فكان هذا أمرا بتفريق الطلاقين من الثلاث لا بتفريق كل جنس الطلاق وهو الثلاث والامر بتفريق

طلاقين

طلاقين من الثلاث يكون نهيا عن الجمع بينهما فوضح وجه الاحتجاج بالآية بحمد الله تعالى (وأما) السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن نهى صلى الله عليه وسلم عن الطلاق ولا يجوز ان يكون النهى عن الطلاق لعينه لانه قد بقى معتبرا شرعا فى حق الحكم بعد النهى فعلم ان ههنا غيرا حقيقيا ملازما للطلاق يصلح ان يكون منهيا عنه فكان النهى عنه لا عن الطلاق ولا يجوز أن يمنع من المشرع لمكان الحرام الملازم له كما فى الطلاق فى حالة الحيض والبيع وقت النداء والصلاة فى الارض المغصوبة وغير ذلك وقد ذكر عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يؤتى برجل طلق امرأته ثلاثا الا أوجعه ضربا وأجاز ذلك عليه وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا (وأما) المعقول فمن وجوه أحدها أن النكاح عقد مصلحة لكونه وسيلة الى مصالح الدين والدنيا والطلاق ابطال له وابطال المصلحة مفسدة وقد قال الله عز وجل والله لا يحب الفساد وهذا معنى الكراهة الشرعية عندنا أن الله تعالى لا يحبه ولا يرضى به الا أنه قد يخرج من أن يكون مصلحة لعدم توافق الاخلاق وتباين الطبائع أو لفساد يرجع الى نكاحها بأن علم الزوج ان المصالح تفوته بنكاح هذه المرأة أو ان المقام معها سبب فساد دينه ودنياه فتنقلب المصلحة فى الطلاق ليستوفى مقاصد النكاح من امرأة أخرى الا ان احتمال انه لم يتأمل حق التأمل ولم ينظر حق النظر فى العاقبة قائمة فالشرع والعقل يدعوانه الى النظر وذلك فى ان يطلقها طلقة واحدة رجعية حتى ان التباين أو الفساد اذا كان من جهة المرأة تتوب وتعود الى الصلاح اذا ذاقت مرارة الفراق وان كانت لا تتوب نظر فى حال نفسه انه هل يمكنه الصبر عنها فان علم انه لا يمكنه الصبر عنها راجعها وان علم انه يمكنه الصبر عنها يطلقها فى الطهر الثانى ثانيا ويجرب نفسه ثم يطلقها فيخرج نكاحها من ان يكون مصلحة ظاهرا وغالبا لانه لا يلحقه الندم غالبا فأبيحت الطلقة الواحدة أو الثلاث فى ثلاثة اطهار على تقدير خروج نكاحها من ان يكون مصلحة وصيرورة المصلحة فى الطلاق فاذا طلقها ثلاثا جملة واحدة فى حالة الغضب وليست حالة التأمل لم يعرف خروج النكاح من ان يكون مصلحة فكان الطلاق ابطالا للمصلحة من حيث الظاهر فكان مفسدة والثانى ان النكاح عقد مسنون بل هو واجب لما ذكرنا فى كتاب النكاح فكان الطلاق قطعا للسنة وتفويتا للواجب فكان الاصل هو الحظر والكراهة الا انه رخص للتأديب أو للتخليص والتأديب يحصل بالطلقة الواحدة الرجعية لان التباين أو الفساد اذا كان من قبلها فاذا ذاقت مرارة الفراق فالظاهر انها تتأدب وتتوب وتعود الى الموافقة والصلاح والتخليص يحصل بالثلاث فى ثلاثة اطهار والثابت بالرخصة يكون ثابتا بطريق الضرورة وحق الضرورة صار مقضيا بما ذكرنا فلا ضرورة الى الجمع بين الثلاث فى طهر واحد فبقى ذلك على أصل الحظر والثالث انه اذا طلقها ثلاثا فى طهر واحد فربما يلحقه الندم وقال الله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا قيل فى التفسير أى ندامة على ما سبق من فعله أو رغبة فيها ولا يمكنه التدارك بالنكاح فيقع فى السفاح فكان فى الجمع احتمال الوقوع فى الحرام وليس فى الامتناع ذلك والتحرز عن مثله واجب شرعا وعقلا بخلاف الطلقة الواحدة لانها لا تمنع من التدارك بالرجعة وبخلاف الثلاث فى ثلاثة اطهار لان ذلك لا يعقب الندم ظاهرا الا انه يجرب نفسه فى الاطهار الثلاثة فلا يلحقه الندم وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف لان الطلاق عندنا تصرف مشروع فى نفسه الا انه ممنوع عنه لغيره لما ذكرنا من الدلائل ويستوى فى كراهة الجمع أن تكون المرأة حرة أو أمة مسلمة أو كتابية لان الموجب للكراهة لا يوجب الفصل وهو ما ذكرنا من الدلائل ويستوى فى كراهة الجمع والخلع فى الطهر الذى لا جماع فيه غير مكروه بالاجماع وفى الطلاق الواحد البائن روايتان ذكر فى كتاب الطلاق انه يكره وذكر فى زيادات الزيادات انه لا يكره وجه تلك الرواية ان الطلاق البائن لا يفارق الرجعى الا فى صفة البينونة وصفة البينونة لا تنافى صفة السنة ألا ترى ان الطلقة الواحدة قبل الدخول بائنة وانها سنة وكذا الخلع فى طهر لا جماع فيه بائن وانه سنة (وجه) رواية كتاب الطلاق ان الطلاق شرع فى الاصل بطريق

الرخصة للحاجة على ما بينا ولا حاجة الى البائن لان الحاجة تندفع بالرجعى فكان البائن طلاقا من غير حاجة فلم يكن سنة ولان فيه احتمال الوقوع فى الحرام لاحتمال الندم ولا يمكنه المراجعة وربما لا توافقه المرأة فى النكاح فيتبعها بطريق حرام وليس فى الامتناع عنه احتمال الوقوع فى الحرام فيجب التحرز عنه بخلاف الطلاق قبل الدخول لانه طلاق لحاجة لانه قد يحتاج الى الطلاق قبل الدخول ولا يمكن دفع الحاجة بالطلاق الرجعى ولان الطلاق قبل الدخول لا يتصور ايقاعه الا بائنا فكان طلاقا لحاجة فكان مسنونا وكذلك الخلع لانه تقع الحاجة الى الخلع ولا يتصور ايقاعه الا بصفة الابانة ألا ترى انه لا يتصور أن يكون رجعيا ولان الله سبحانه وتعالى رفع الجناح فى الخلع مطلقا بقوله عز وجل لا جناح عليهما فيما افتدت به فدل على كونه مباحا مطلقا ثم البدعة فى الوقت يختلف فيها المدخول بها وغير المدخول بها فيكره ان يطلق المدخول بها فى حالة الحيض ولا يكره ان يطلق غير المدخول بها فى حالة الحيض لان الكراهة فى حالة الحيض لمكان تطويل العدة ولا يتحقق ذلك فى غير المدخول بها وأما كونها طاهرا من غير جماع فلا يتصور فى غير المدخول بها وأما البدعة فى العدد فيستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وكذا يستوى فى السنة والبدعة المسلمة والكتابية والحرة والامة لان الدلائل لا توجب الفصل بين الكل

﴿فصل﴾ وأما الالفاظ التى يقع بها طلاق البدعة فنحو أن يقول أنت طالق للبدعة أو أنت طالق طلاق البدعة أو طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان فان نوى ثلاثا فهو ثلاث لان ايقاع الثلاث فى طهر واحد لا جماع فيه والواحدة فى طهر جامعها فيه بدعة والطلاق فى حالة الحيض بدعة فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت وروى هشام عن محمد انها واحدة يملك بها الرجعة لان البدعة لم يجعل لها وقت فى الشروع لتنصرف الاضافة اليه فيلغو قوله للبدعة ويبقى قوله أنت طالق فيقع به تطليقة واحدة رجعية وكذلك اذا قال أنت طالق طلاق الجور أو طلاق المعصية أو طلاق الشيطان ونوى الثلاث وان لم تكن له نية فان كان فى طهر جامعها فيه أو فى حالة الحيض وقع من ساعته وان لم يكن لا يقع للحال ما لم تحض أو يجامعها فى ذلك الطهر والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم طلاق البدعة فهو انه واقع عند عامة العلماء وقال بعض الناس انه لا يقع وهو مذهب الشيعة أيضا (وجه) قولهم ان هذا الطلاق منهى عنه لما ذكرنا من الدلائل فلا يكون مشروعا وغير المشروع لا يكون معتبرا فى حق الحكم ولان الله تعالى جعل لنا ولاية الايقاع على وجه مخصوص ومن جعل له ولاية التصرف على وجه لا يملك ايقاعه على غير ذلك الوجه كالوكيل بالطلاق على وجه السنة اذا طلقها للبدعة انه لا يقع لما قلنا كذا هذا (ولنا) ماروى عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه ان بعض آبائه طلق امرأته ألفا فذكر ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم بانت بالثلاث فى معصية وتسعمائة وسبعة وتسعون فيما لا يملك وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال ان أحدكم يركب الاحموقة فيطلق امرأته ألفا ثم يأتى فيقول يا ابن عباس يا ابن عباس وأن الله تعالى قال ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلا أجد لك مخرجا بانت امرأتك وعصيت ربك وروينا عن عمر رضى الله عنه انه كان لا يؤتى برجل قد طلق امرأته ثلاثا الا أوجعه ضربا وأجاز ذلك عليه وكانت قضاياه بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم أجمعين فيكون اجماعا منهم على ذلك (وأما) قولهم ان غير المشروع لا يكون معتبرا فى حق الحكم فنعم لكن الطلاق نفسه مشروع عندنا وانما الحظر والحرمة فى غيره وهو ما ذكرنا من الفساد والوقوع فى الزنا والسفه وتطويل العدة واذا كان مشروعا فى نفسه جاز ان يكون معتبرا فى حق الحكم وان منع عنه لغيره كالبيع وقت أذان الجمعة والصلاة فى الارض المغصوبة ونحو ذلك وقد خرج الجواب عن الوجه الثانى وهو ان من ولى تصرفا مشروعا لا يملك ايقاعه الا على الوجه الذى ولى لانه ما أوقع الطلاق الا على الوجه الذى ولى ايقاعه لانه تصرف مشروع فى نفسه لا يتصور ايقاعه غير مشروع الا أنه بهذا الطلاق باشر تصرفا مشروعا وارتكب محظورا فيأثم

بارتكاب

بارتكاب المحظور لا بمباشرة المشروع كما فى البيع وقت النداء ونظائره بخلاف الوكيل لان التوكيل بالطلاق على وجه السنة توكيل بطلاق مشروع لا يتضمنه ارتكاب حرام بوجه فاذا طلقها للبدعة فقد أتى بطلاق مشروع يلازمه حرام فلم يأت بما أمر به فلا يقع فهو الفرق

﴿ فصل ﴾ وأما بيان قدر الطلاق وعدده فنقول وبالله التوفيق الزوجان اما ان كانا حرين واما ان كانا رقيقين واما ان كان أحدهما حرا والآخر رقيقا فان كانا حرين فالحر يطلق امرأته الحرة ثلاث تطليقات بلا خلاف وان كانا رقيقين فالعبد لا يطلق امرأته الامة الا تطليقتين بلا خلاف أيضا واختلف فيما اذا كان أحدهما حرا والآخر رقيقا ان عدد الطلاق يعتبر بحال الرجل فى الرق والحرية ام بحال المرأة قال أصحابنا رحمهم الله تعالى يعتبر بحال المرأة وقال الشافعى يعتبر بحال الرجل حتى ان العبد اذا كانت تحته حرة يملك عليها ثلاث تطليقات عندنا وعنده لا يملك عليها الا تطليقتين والحر اذا كانت تحته امة لا يملك عليها الا تطليقتين عندنا وعنده يملك عليها ثلاث تطليقات والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن على وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهم مثل قولنا وعن عثمان وزيد بن ثابت مثل قوله وعن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه يعتبر بحال أيهما كان رقيقا ولا خلاف فى أن العدة تعتبر بحال المرأة احتج الشافعى بما روى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الطلاق بالرجال والعدة بالنساء والمراد منه اعتبار الطلاق فى القدر والعدد لا الايقاع لان ذلك مما لا يشكل وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يطلق العبد ثنتين وتعتد الامة بحيضتين من غير فصل بين ما اذا كانت تحته أمة أو حرة ولان الرق انما يؤثر فى نقصان الحل لكون الحل نعمة وانه نعمة فى جانب الرجل لا فى جانب المرأة لانها مملوكة مرقوقة فلا يؤثر رقها فى نقصان الحل (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى الطلاق مرتان الى قوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنص ورد فى الحرة أخبر الله تعالى ان حل الحرة يزول بالثلاث من غير فصل بين ما اذا كانت تحت حر أو تحت عبد فيجب العمل باطلاقه والدليل على ان النص ورد فى الحرة قرائن الآية الكريمة أحدها انه قال تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به والامة لا تملك الافتداء بغير اذن المولى والثانى قوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره والامة لا تملك انكاح نفسها من غير اذن مولاها والثالث قوله تعالى فلا جناح عليهما ان يتراجعا أى يتناكحا بعد طلاق الزوج الثانى وذا فى الحر والحرة وأما السنة فما روى عن عائشة رضى الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان جعل عليه الصلاة والسلام طلاق جنس الاماء ثنتين لانه أدخل لام الجنس على الاماء كانه قال طلاق كل أمة ثنتان من غير فصل بين ما اذا كان زوجها حرا أو عبدا واما المعقول فمن وجهين أحدهما أن الاصل فى الطلاق هو الحظر لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم الا انه ابيحت الطلقة الواحدة للحاجة الى الخلاص عند مخالفة الاخلاق لان عند ذلك تصير المصلحة فى الطلاق ليزوج كل واحد منهما بمن يوافقه فتحصل مقاصد النكاح الا ان احتمال الندم من الجانبين قائم بعد الطلاق كما أخبر الله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فلو ثبتت الحرمة بطلقة واحدة ولم يشرع طلاق آخر حتى يتأمل الزوج فيه ربما يندم ولا يمكنه التدارك بالرجعة ولا توافقه المرأة فى النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع فى الزنا فابيحت الطلقة الثانية لهذه الحاجة ولا حاجة الى الطلقة الثالثة الا ان الشرع ورد بها فى الحرة اذا كانت تحت حر او عبد اظهارا لخطر النكاح وابانة لشرفه وملك النكاح فى الامة فى الشرف والخطر دون ملك النكاح فى الحرة لان شرف النكاح وخطره لما يتعلق به من المقاصد الدينية والدنيوية منها الولد والسكن ومعلوم ان هذين المقصودين فى نكاح الامة دونهما فى نكاح الحرة لان ولد الحرة حر وولد الرقيقة رقيق والمقصود من الولد الاستئناس والاستنصار به فى الدنيا والدعوة الصالحة فى العقبى وهذا المقصود لا يحصل من الولد الرقيق مثل ما يحصل من الحر لكون المرقوق مشغولا بخدمة المولى وكذا سكون نفس الزوج الى امرأته الامة لا يكون مثل سكونه الى امرأته الحرة فلم يكن هذا فى معنى مورد الشرع فبقيت الطلقة فيه على

أصل الحظر والثانى أن حكم الطلاق زوال الحل وهو حل المحلية فيتقدر بقدر الحل وحل الامة أنقص من حل الحرة لان الرق ينقص الحل لان الحل نعمة لكونه وسيلة الى النعمة وهى مقاصد النكاح والوسيلة الى النعمة نعمة وللرق أثر فى نقصان النعمة ولهذا أثر فى نقصان المالكية حتى يملك الحر التزوج باربع نسوة والعبد لا يملك التزوج الا بامرأتين واما الحديثان فقد قيل انهما غريبان ثم انهما من الآحاد ولا يجوز تقييد مطلق الكتاب العزيز بخبر الواحد ولا معارضة الخبر المشهور به ثم نقول لا حجة فيهما أما الاول فلان قوله الطلاق بالرجال الصاق الاسم بالاسم فيقتضى ملصقا محذوفا والملصق المحذوف يحتمل ان يكون هو الايقاع ويحتمل أن يكون هو الاعتبار فلا يكون حجة مع الاحتمال وقوله الايقاع لا يشكل ممنوع بل قد يشكل و بيان الاشكال من وجهين أحدهما ان النكاح مشترك بين الزوجين فى الانعقاد والاصل فى كل عقد كان انعقاده بعاقدين ان يكون ارتفاعه بهما أيضا كالبيع والاجارة ونحوهما والثانى انه مشترك بينهما فى الاحكام والمقاصد فيشكل ان يكون الايقاع بهما على الشركة فحل الاشكال بقوله الطلاق بالرجال وأما الثانى ففيه ان العبد يطلق ثنتين وهذا لا ينفى الثالثة كما يقال فلان يملك درهمين وقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان اضافة الطلاق الى الامة والاضافة للاختصاص فيقتضى أن يكون الطلاق المختص بالامة ثنتان ولو ملك الثالثة عليها لبطل الاختصاص ومثاله قول القائل مال فلان درهمان انه ينفى الزيادة لما قلنا كذا هذا وقد خرج الجواب عن قوله ان الحل فى جانبها ليس بنعمة لانا بينا انه نعمة فى حقها أيضا لكونه وسيلة الى النعمة والملك فى باب النكاح ليس بمقصود بل هو وسيلة الى المقاصد التى هى نعم والوسيلة الى النعمة نعمة والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ركن الطلاق فركن الطلاق هو اللفظ الذى جعل دلالة على معنى الطلاق لغة وهو التخلية والارسال ورفع القيد فى الصريح وقطع الوصلة ونحوه فى الكناية أو شرعا وهو ازالة حل المحلية فى النوعين أو ما يقوم مقام اللفظ أما اللفظ فمثل ان يقول فى الكناية أنت بائن أو ابنتك أو يقول فى الصريح أنت طالق أو طلقتك وما يجرى هذا المجرى الا ان التطليق والطلاق فى العرف يستعملان فى المرأة خاصة والاطلاق يستعمل فى غيرها يقال فى المرأة طلق يطلق تطليقا وطلاقا وفى البعير والاسير ونحوهما يقال أطلق يطلق اطلاقا وان كان المعنى فى اللفظين لا يختلف فى اللغة ومثل هذا جائز كما يقال حصان وحصان وعديل وعدل فالحصان بفتح الحاء يستعمل فى المرأة وبالخفض يستعمل فى الفرس وان كانا يدلان على معنى واحد لغة وهو المنع والعديل يستعمل فى الآدمى والعدل فيما سواه وان كانا موجودين فى المعادلة فى اللغة كذا هذا ولهذا قالوا ان من قال لامرأته أنت مطلقة مخففا يرجع الى نيته لان الاطلاق فى العرف يستعمل فى اثبات الانطلاق عن الحبس والقيد الحقيقى فلا يحمل على القيد الحكمى الا بالنية ويستوى فى الركن ذكر التطليقة وبعضها حتى لو قال لها أنت طالق بعض تطليقة أو ربع تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو جزأ من ألف جزء من تطليقة يقع تطليقة كاملة وهذا على قول عامة العلماء وقال ربيعة الرأى لا يقع عليها شىء لان نصف تطليقة لا يكون تطليقة حقيقة بل هو بعض تطليقة و بعض الشىء ليس عين ذلك الشىء ان لم يكن له غيره (ولنا) أن الطلاق لا يتبعض وذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر لكله كالعفو عن بعض القصاص انه يكون عفوا عن الكل ولو قال أنت طالق طلقة واحدة ونصف أو واحدة وثلث طلقت اثنتين لان البعض من تطليقة تطليقة كاملة فصار كانه قال أنت طالق اثنتين بخلاف ما اذا قال أنت طالق واحدة ونصفها أو ثلثها انه لا يقع الا واحدة لان هناك أضاف النصف الى الواحدة الواقعة والواقع لا يتصور وقوعه ثانيا وهنا ذكر نصفا منكرا غير مضاف الى واقع فيكون ايقاع تطليقة أخرى ولو قال أنت طالق سدس تطليقة أو ثلث تطليقة أو نصف تطليقة أو ثلثى تطليقة فهو ثلاث لما ذكرنا ان كل جزء من التطليقة تطليقة كاملة هذا اذا كانت مدخولا بها فان كانت غير مدخول بها فلا تقع الا واحدة لانها بانت بالاولى كما اذا قال أنت طالق وطالق وطالق ولو قال أنت طالق سدس تطليقة وثلثها ونصفها بعد أن لا يتجاوز العدد عن واحدة لو جمع ذلك فهو تطليقة واحدة ولو تجاوز بان قال أنت طالق سدس تطليقة وربعها

وثلثها ونصفها لم يذكر هذا في ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يقع تطليقتان وقال بعضهم يقع تطليقة واحدة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي ثلاث لان نصف التطليقتين تطليقة فثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاثة امثال تطليقة فصار كانه قال انت طالق ثلاث تطليقات ولو كان أربع نسوة فقال بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة لان الطلقة الواحدة اذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة ربعها وربع تطليقة تطليقة كاملة وكذلك اذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع لان التطليقتين اذا انقسمتا بين الاربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة ونصف التطليقة تطليقة فان قيل لم لا يقسم كل تطليقة بحيالها على الاربع فيلزم تطليقتان فالجواب انه ما فعل هكذا بل جعل التطليقتين جميعا بين الاربع لان الجنس واحد لا يتفاوت والقسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملته وانما يقسم الآحاد اذا كان الشيء متفاوتا فان نوى الزوج ان يكون كل تطليقة على حيالها بينهن يكون على ما نوى ويقع على كل واحدة منهن تطليقتان لانه نوى ما يحتمله كلامه وهو غير متهم فيه لانه شدد على نفسه فيصدق ولو قال بينكن خمس تطليقات فكل واحدة طالق اثنتين لان الخمس اذا قسمت على الاربع أصاب كل واحدة تطليقة وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيكون تطليقتين وعلى هذا ما زاد على خمسة الى ثمانية فان قال بينكن تسع تطليقات وقعت على كل واحدة ثلاث تطليقات لان التسع اذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة منهن تطليقتان وربع تطليقة وربع تطليقة تطليقة كاملة فيقع على كل واحدة ثلاثة وعلى هذا قالوا وقال اشركت بينكن في تطليقتين أو في ثلاث أو أربع أو خمس أو ست أو سبع أو ثمان أو تسع ان هذا وقوله بينكن سواء لان لفظة البين تنبئ عن الشركة فقوله بينكن كذا معناه أشركت بينكن كذا بخلاف ما اذا طلق امرأة له تطليقتين ثم قال لاخرى قد اشتركتك في طلاقها انه يقع عليها تطليقتان لان قوله أشركتك في طلاقها اثبات الشركة في الواقع ولا تثبت الشركة في الواقع الا بثبوت الشركة في كل واحد منهما لانه لا يمكن رفع التطليقة الواقعة عنها وايقاعها على الاخرى فلزمت الشركة في كل واحدة من التطليقتين على الانفراد وهذا يوجب وقوع تطليقتين على الاخرى وسواء كان مباشرة الركن من الزوج بطريق الاصالة أو من غيره بطريق النيابة عنه بالوكالة والرسالة لان الطلاق مما تجرى فيه النيابة فكان فعل النائب كفعل المنوب عنه وأما الذي يقوم مقام اللفظ فالكتابة والاشارة على ما نذكر ان شاء الله تعالى

(فصل) وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى الزوج وبعضها يرجع الى المرأة وبعضها يرجع الى نفس الركن وبعضها يرجع الى الوقت أما الذي يرجع الى الزوج فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا فلا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط أهلية التصرف لان به يعرف كون التصرف مصلحة وهذه التصرفات ما شرعت الا لمصالح العباد واما السكران اذا طلق امرأته فان كان سكره بسبب محظور بان شرب الخمر أو النبيذ طوعا حتى سكر وزال عقله فطلاقه واقع عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن عثمان رضي الله عنه انه لا يقع طلاقه وبه أخذ الطحاوي والكرخي وهو أحد قولي الشافعي وجه قولهم ان عقله زائل والعقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لا يقع طلاق المجنون والصبي الذي لا يعقل والذي زال عقله بالبنج والدواء كذا هذا والدليل عليه انه لا تصح ردته فلان لا يصح طلاقه أولى (ولنا) عموم قوله عز وجل الطلاق مرتان الى قوله سبحانه وتعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين السكران وغيره الا من خص بدليل وقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان عقله زال بسبب هو معصية فينزل قائما عقوبة عليه وزجرا له عن ارتكاب المعصية ولهذا لو قذف انسانا أو قتل يجب عليه الحد والقصاص وانهما لا يجبان على غير العاقل دل ان عقله جعل قائما وقد يعطى للزائل حقيقة حكم القائم تقديرا اذا زال بسبب هو معصية للزجر والردع كمن قتل مورثه انه يحرم الميراث ويجعل المورث حيا زجرا للقاتل وعقوبة عليه بخلاف ما اذا زال بالبنج والدواء لانه ما زال بسبب هو معصية الا انه لا تصح ردة السكران استحسانا نظرا له لان بقاء العقل تقديرا بعد زواله حقيقة للزجر وانما تقع الحاجة الى

الزاجر فيما يغلب وجوده لوجود الداعى اليه طبعا والردة لا يغلب وجودها لانعدام الداعى اليها فلا حاجة الى استبقاء عقله فيها للزجر ولان جهة زوال العقل حقيقة يقتضى بقاء الاسلام وجهة بقائه تقديرا يقتضى زوال الاسلام فيرجح جانب البقاء لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ولهذا يحكم باسلام الكافر اذا أكره على الاسلام ولا يحكم بكفر المسلم اذا أكره على اجراء كلمة الكفر فاجرى وأخبران قلبه كان مطمئنا بالايمان كذا هذا وان كان سكره بسبب مباح لكن حصل له به لذة بان شرب الخمر مكرها حتى سكر أو شرب بها عند ضرورة العطش فسكر قالوا ان طلاقه واقع أيضا لانه وان زال عقله فانما حصل زوال عقله بلذة فيجعل قائما و يلحق الاكراه والاضطرار بالعدم كانه شرب طائعا حتى سكر وذكر محمد رحمه الله تعالى فيمن شرب النبيذ ولم يزل عقله ولكن صدع فزال عقله بالصداع انه لا يقع طلاقه لانه ما زال عقله بمعصية ولا بلذة فكان زائلا حقيقة وتقديرا وكذلك اذا شرب البنج أو الدواء الذى يسكر وزال عقله لا يقع طلاقه لما قلنا ومنها ان لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما فلا يقع طلاق هؤلاء لما قلنا فى المجنون وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمعتوه ومنها أن يكون بالغا فلا يقع طلاق الصبى وان كان عاقلا لان الطلاق لم يشرع الا عند خروج النكاح من أن يكون مصلحة وانما يعرف ذلك بالتأمل والصبى لاشتغاله باللهو واللعب لا يتأمل فلا يعرف وأما كون الزوج طائعا فليس بشرط عند أصحابنا وعند الشافعى شرط حتى يقع طلاق المكره عندنا وعنده لا يقع ونذكر المسئلة فى كتاب الاكراه ان شاء الله تعالى وذكر محمد باسناده ان امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة فوضعتها على حلقه وقالت لتطلقنى ثلاثا أو لانفذنها فناشدها الله ان لا تفعل فابت فطلقها ثلاثا فذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا قيلولة فى الطلاق وكذا كونه جادا ليس بشرط فيقع طلاق الهازل بالطلاق واللاعب لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق وروى النكاح والطلاق والرجعة وعن أبى الدرداء رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من لعب بطلاق أو عتاق لزمه وقيل فيه نزل قوله سبحانه وتعالى ولا تتخذوا آيات الله هزوا وكان الرجل فى الجاهلية يطلق امرأته ثم يراجع فيقول كنت لاعبا و يعتق عبده ثم يرجع فيقول كنت لاعبا فنزلت الآية فقال صلى الله عليه وسلم من طلق أو حرر أو نكح فقال انى كنت لاعبا فهو جائز منه وكذا التكلم بالطلاق ليس بشرط فيقع الطلاق بالكتابة المستبينة وبالاشارة المفهومة من الاخرس لان الكتابة المستبينة تقوم مقام اللفظ والاشارة المفهومة تقوم مقام العبارة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيقع طلاق شارط الخيار فى باب الطلاق بغير عوض لان شرط الخيار للتمكن من الفسخ عند الحاجة والذى من جانب الزوج وهو الطلاق لا يحتمل الفسخ لقوله صلى الله عليه وسلم لا قيلولة فى الطلاق وأما الخلو عن شرط الخيار للمرأة فى الطلاق بعوض فشرط لان الذى من جانبها المال فكان من جانبها معاوضة المال وانها محتملة للفسخ فصح شرط الخيار فيها فيمنع انعقاد السبب كالبيع حتى انها لو ردت بحكم الخيار بطل العقد ولا يقع الطلاق وكذا صحة الزوج ليس بشرط وكذا اسلامه فيقع طلاق المريض والكافر لان المرض والكفر لا ينافيان أهلية الطلاق وكذا كونه عامدا ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطئ وهو الذى يريد أن يتكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق لان الفائت بالخطأ ليس الا القصد وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق وكذلك العتاق لما قلنا فى الطلاق وذكر الكرخى ان فى العتاق روايتين فان هشاما روى عن محمد عن أبى حنيفة ان من أراد أن يقول لامرأته اسقينى ماء فقال لها أنت طالق وقع ولو أراد ذلك فى العبد فقال أنت حر لم يقع وروى بشر بن الوليد الكندى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة انهما يتساويان وهو الصحيح لما ذكرنا (وجه) رواية هشام ان ملك البضع ثبت بسبب يتساوى فيه القصد وعدم القصد وهو النكاح فعلى ذلك زواله بخلاف ملك العبد فانه يثبت بسبب مختلف فيه القصد وعدم القصد وهو البيع ونحو ذلك فكذلك زواله وهذا ليس بسديد لانه

قد يشرط لثبوت الحكم من الشرائط مالا يشرط لزواله فكان الاستدلال بالثبوت على الزوال استدلالا فاسدا

﴿ فصل ﴾ ومنها النية فى أحد نوعى الطلاق وهو الكناية وجملة الكلام فى هذا الشرط فى موضعين أحدهما فى بيان الالفاظ التى يقع بها الطلاق فى الشرع والثانى فى بيان صفة الواقع بها أما الاول فالالفاظ التى يقع بها الطلاق فى الشرع نوعان صريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ الذى لا يستعمل الا فى حل قيد النكاح وهو لفظ الطلاق أو التطليق مثل قوله أنت طالق أو أنت الطلاق أو طلقتك أو أنت مطلقة مشددا سمى هذا النوع صريحا لان الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع من قولهم صرح فلان بالامر أى كشفه وأوضحه وسمى البناء المشرف صرحا لظهوره على سائر الابنية وهذه الالفاظ ظاهرة المراد لانها لا تستعمل الا فى الطلاق عن قيد النكاح فلا يحتاج فيها الى النية لوقوع الطلاق اذ النية عملها فى تعيين المبهم ولا ابهام فيها وقال الله تعالى فطلقوهن لعدتهن شرع الطلاق من غير شرط النية وقال سبحانه وتعالى الطلاق مرتان مطلقا وقال سبحانه وتعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره حكم سبحانه وتعالى بزوال الحل مطلقا عن شرط النية وروينا ان عبد الله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حال الحيض أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ولم يسأله هل نوى الطلاق أو لم ينو ولو كانت النية شرطا لسأله ولا مراجعة الا بعد وقوع الطلاق فدل على وقوع الطلاق من غير نية ولو قال لها أنت طالق ثم قال أردت انها طالق من وثاق لم يصدق فى القضاء لما ذكرنا ان ظاهر هذا الكلام الطلاق عن قيد النكاح فلا يصدقه القاضى فى صرف الكلام عن ظاهره وكذا لا يسع للمرأة أن تصدقه لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه فى الجملة والله تعالى مطلع على قلبه ولو قال أنت طالق وقال أردت انها طالق من العمل لم يصدق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ لا يستعمل فى الطلاق عن العمل فقد نوى مالا يحتمله لفظه أصلا فلا يصدق أصلا وروى الحسن عن أبى حنيفة فيمن قال أنت طالق وقال نويت الطلاق من عمل أو قيد يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانها مطلقة من هذين الامرين حقيقة فقد نوى ما يحتمله حقيقة كلامه فجاز أن يصدق فيه ولو صرح فقال أنت طالق من وثاق لم يقع فى القضاء لان المرأة قد توصف بأنها طالق من وثاق وان لم يكن مستعملا فاذا صرح به يحمل عليه وان صرح فقال أنت طالق من هذا العمل وقع الطلاق فى القضاء لان هذا اللفظ لا يستعمل فى الطلاق عن العمل لا حقيقة ولا مجازا ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله فى الجملة وان كان خلاف الظاهر وعلى قياس رواية الحسن ينبغى أن لا يقع أيضا فى القضاء ولو قال أنت أطلق من امرأة فلان وهى مطلقة فذلك على نيته الا أن يكون جوابا لمسئلة الطلاق لان لفظة أفعل ليست صريحا فى الكلام ألا ترى ان من قال لآخر أنت أزنى من فلان لم يكن قذفا صريحا حتى لا يجب الحد ومعلوم ان صريح القذف يوجب الحد واذا لم يكن صريحا وقف على النية الا اذا خرج جوابا لسؤال الطلاق فينصرف اليه بقرينة السؤال وكذا اذا قال لها أنت مطلقة وخفف فهو على نيته لما ذكرنا ان الاطلاق لا يستعمل فى قيد النكاح وانما يستعمل فى القيد الحقيقى والحبس فلم يكن صريحا فوقف على النية وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته كونى طالقا أو اطلقى قال أراه واقعا لان قوله كونى ليس أمرا حقيقة وان كانت صيغته صيغة الامر بل هو عبارة عن اثبات كونها طالقا كما فى قوله تعالى كن فيكون ان قوله كن ليس بامر حقيقة وان كانت صيغته صيغة الامر بل هو كناية عن التكوين ولا تكون طالقا الا بالطلاق وكذا قوله اطلقى وكذلك اذا قال لامرأته كونى حرة أو اعتقى ولو قال يا مطلقة وقع عليها الطلاق لانه وصفها بكونها مطلقة ولا تكون مطلقة الا بالتطليق فان قال أردت به الشتم لا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر لانه نوى فيما هو وصف أن لا يكون وصفا فكان عدولا عن الظاهر فلا يصدقه القاضى ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه قد يراد بمثله الشتم ولو كان لها زوج قبله فقال عنيت ذلك الطلاق دين فى القضاء لانه نوى ما يحتمله لفظه لانه وصفها بكونها مطلقة فى نفسها من غير الاضافة الى نفسه وقد تكون مطلقته وقد تكون مطلقة

زوجها الاول فالنية صادفت محلها فصدق فى القضاء واذا لم يكن لها زوج قبله لا يحتمل أن تكون مطلقة غيره فانصرف الوصف الى كونها مطلقة له ولو قال لها أنت طالق طالق أو قال أنت طالق أنت طالق أو قال قد طلقتك قد طلقتك أو قال أنت طالق قد طلقتك يقع ثنتان اذا كانت المرأة مدخولا بها لانه ذكر جملتين كل واحدة منهما ايقاع تام لكونه مبتدأ أو خبرا والمحل قابل للوقوع ولو قال عنيت بالثانى الاخبار عن الاول لم يصدق فى القضاء لان هذه الالفاظ فى عرف اللغة والشرع تستعمل فى انشاء الطلاق فصرفها الى الاخبار يكون عدولا عن الظاهر فلا يصدق فى الحكم المروى يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لان صيغتها صيغة الاخبار ولو قال لامرأته أنت طالق فقال له رجل ماقلت فقال طلقتها أو قال قلت هى طالق فهى واحدة فى القضاء لان كلامه انصرف الى الاخبار بقرينة الاستخبار واما الطلاق بالفارسية فقد روى عن أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه انه قال فى فارسى قال لامرأته بهشتم ان زن أو قال ان زن بهشتم أو قال بهشتم لا يكون ذلك طلاقا الا أن ينوى به الطلاق لان معنى هذا اللفظ بالعربية خليت وقوله خليت من كنايات الطلاق بالعربية فكذا هذا اللفظ الا ان أبا حنيفة فرق بين اللفظين من وجهين أحدهما انه قال اذا نوى الطلاق بقوله خليت يقع بائنا واذا نوى الطلاق بهذه اللفظة يقع رجعيا لان هذا اللفظ يحتمل أن يكون صريحا فى لغتهم و يحتمل أن يكون كناية فلا تثبت البينونة بالشك والثانى قال ان قوله خليت فى حال الغضب وفى حال مذاكرة الطلاق يكون طلاقا حتى لا يدين فى قوله انه ما أراد به الطلاق وهذا اللفظ فى هاتين الحالتين لا يكون طلاقا حتى لو قال ما أردت به الطلاق يدين فى القضاء لان هذا اللفظ أقيم مقام التخلية فكان أضعف من التخلية فلا تعمل فيه دلالة الحال ولم يفرق بينهما فيما سوى ذلك حتى قال ان نوى بائنا يكون بائنا وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا كما لو قال خليت ونوى البائن أو الثلاث ولو نوى ثنتين يكون واحدة كما فى قوله خليت الا أن ههنا يكون واحدة تملك الرجعة بخلاف لفظة التخلية لما بينا وقال أبو يوسف اذا قال بهشتم ان زن أو قال ان زن بهشتم فهى طالق نوى الطلاق أو لم ينو وتكون تطليقة رجعية لان أبا يوسف خالط العجم ودخل جرجان فعرف أن هذا اللفظ فى لغتهم صريح قال وان قال بهشتم ولم يقل ان زن فان قال ذلك فى حال سؤال الطلاق أو فى حال الغضب فهى واحدة تملك الرجعة ولا يدين انه ما أراد به الطلاق فى القضاء وان قال فى غير حال الغضب ومذاكرة الطلاق يدين فى القضاء لان معنى قولهم بهشتم خليت وليس فى قوله خليت اضافة الى النكاح ولا الى الزوجة فلا يحمل على الطلاق الا بقرينة نية أو بدلالة حال وحال الغضب ومذاكرة الطلاق دليل ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر قال وان نوى بائنا فبائن وان نوى ثلاثا فثلاث لان هذا اللفظ وان كان صريحا فى الفارسية فمعناه التخلية فى العربية فكان محتملا للبينونة والثلاث كلفظة التخلية فجاز أن يحمل عليه بالنية وقال محمد فى قوله بهشتم ان زن أو ان زن بهشتم أن هذا صريح الطلاق كما قال أبو يوسف وقال فى قوله بهشتم انه ان كان فى حال مذاكرة الطلاق فكذلك ولا يدين انه ما أراد به الطلاق وان لم يكن فى حال مذاكرة الطلاق يدين سواء كان فى حال الغضب أو الرضا لان معنى هذا اللفظ بالعربية أنت مخلاة أو قد خليتك وقال زفر اذا قال بهشتم ونوى الطلاق بائنا أو غير بائن فهو بائن وان نوى ثلاثا فثلاث وان نوى اثنتين فثنتان وأجرى هذه اللفظة مجرى قوله خليت ولو قال خليتك ونوى الطلاق فهى واحدة بائنة نوى البينونة أو لم ينو وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان نوى اثنتين يكون اثنتين على أصله فكذا هذا هذا ما نقل عن أصحابنا فى الطلاق بالفارسية والاصل الذى عليه الفتوى فى زماننا هذا فى الطلاق بالفارسية انه ان كان فيها لفظ لا يستعمل الا فى الطلاق فذلك اللفظ صريح يقع به الطلاق من غير نية اذا أضيف الى المرأة مثل أن يقول فى عرف ديار نادها كنم أو فى عرف خراسان والعراق بهشتم لان الصريح لا يختلف باختلاف اللغات وما كان فى الفارسية من الالفاظ ما يستعمل فى الطلاق وفى غيره فهو من كنايات الفارسية فيكون حكمه حكم كنايات العربية فى جميع الاحكام والله أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق ونوى به الابانة فقد لغت نيته لانه نوى تغيير الشرع لان الشرع أثبت

البينونة بهذا اللفظ مؤجلا الى ما بعد انقضاء العدة فاذا نوى ابانتها للحال معجلا فقد نوى تغيير الشرع وليس له هذه الولاية فبطلت نيته وان نوى ثلاثا لغت نيته أيضا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة انه تصح نيته و به أخذ الشافعى وجه هذه الرواية ان قوله طالق مشتق من الطلاق كالضارب ونحوه فيدل على ثبوت مأخذ الاشتقاق وهو الطلاق كسائر الالفاظ المشتقة من المعانى ألا ترى انه لا يتصور الضارب بلا ضرب والقاتل بلا قتل فلا يتصور الطالق بلا طلاق فكان الطلاق بائنا فصحت نية الثلاث منه كما لو نص على الطلاق فقال أنت طالق طلاقا وكما لو قال لها أنت بائن ونوى الثلاث انه تصح نية الثلاث لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الرواية قوله عز وجل واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو سرحوهن أثبت الرجعة حال قيام العدة للمطلق مطلقا من غير فصل بين ما اذا نوى الثلاث أو لم ينو فوجب القول بثبوت حق الرجعة عند مطلق التطليق الا بما قيد بدليل ولانه نوى ما يحتمله لفظه فلا تصح نيته كما اذا قال لها اسقينى ونوى به الطلاق ودلالة الوصف انه نوى الثلاث وقوله طالق لا يحتمل الثلاث لوجهين أحدهما ان طالق اسم للذات وذاتها واحد والواحد لا يحتمل العدد الا ان الطلاق ثبت مقتضى الطالق ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا لان الطالق بدون الطلاق لا يتصور كالضارب بدون الضرب وهذا المقتضى غير متنوع فى نفسه فكان عدما فيما وراء صحة التسمية وذلك على الاصل المعهود فى الثابت ضرورة انه يتقدر بقدر الضرورة ولا ضرورة فى قبول نية الثلاث فلا يثبت فيه بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق طلاقا لان الطلاق هناك منصوص عليه فكان ثابتا من جميع الوجوه فيثبت فى حق قبول النية وبخلاف قوله أنت بائن لان البائن مقتضاه البينونة وانها متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اسم البائن بمنزلة الاسم المشترك لتنوع محل الاشتقاق وهو البينونة كاسم الجالس يقال جلس أى قعد ويقال جلس أى أتى نجدا فكان الجالس من الاسماء المشتركة لتنوع محل الاشتقاق وهو الجلوس فكذا البائن والاسم المشترك لا يتعين المراد منه الا بمعين فاذا نوى الثلاث فقد عين احدى نوعى البينونة فصحت نيته واذا لم يكن له لا يقع شئ لانعدام المعين بخلاف قوله طالق لانه مأخوذ من الطلاق والطلاق فى نفسه لا يتنوع لانه رفع القيد والقيد نوع واحد والثانى ان سلمنا ان الطلاق صار مذكورا على الاطلاق لكنه فى اللغة والشرع عبارة عن رفع قيد النكاح والقيد فى نكاح واحد واحد فيكون الطلاق واحدا ضرورة فاذا نوى الثلاث فقد نوى العدد فيما لا عدد له فبطلت نيته فكان ينبغى أن لا يقع الثلاث أصلا لان وقوعه ثبت شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع ولو قال أنت طالق طلاقا فان لم تكن نية فهى واحدة وان نوى ثلاثا كان ثلاثا كذا ذكر فى الاصل وفى الجامع الصغير عن أبى حنيفة انه لا يكون الا واحدة وجه هذه الرواية انه ذكر المصدر للتأكيد لما ذكرنا ان قوله طالق فيقتضى الطلاق فكان قوله طلاقا تنصيصا على المصدر الذى اقتضاه الطالق فكان تأكيدا كما يقال قمت قياما وأكلت أكلا فلا يفيد الا ما أفاده المؤكد وهو قوله طالق فلا يقع الا واحدة كما لو قال أنت طالق ونوى به الثلاث وجه ظاهر الروايات ان قوله طلاقا مصدر فيحتمل كل جنس الطلاق لان المصدر يقع على الواحد ويحتمل الكل قال الله تعالى لا تدعوا اليوم ثبورا واحدا وادعوا ثبورا كثيرا وصف الثبور الذى هو مصدر بالكثرة والثلاث فى عقد واحد كل جنس الطلاق فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فتصح نيته واذا لم يكن له نية يحمل على الواحد لانه متيقن وقد خرج الجواب عما سبق لان الكلام انما يحمل على التأكيد اذا لم يمكن حمله على فائدة جديدة وههنا أمكن على ما بينا ولو نوى اثنتين لا على التقسيم فى قوله طالق طلاقا لا تصح نيته لان لفظ المصدر واحد فلا بد من تحقيق معنى التوحيد فيه ثم الشئ قد يكون واحدا من حيث الذات وهو ان يكون ذاته واحدا من النوع كزيد من الانسان وقد يكون واحدا من حيث النوع كالانسان من الحيوان ولا توجد فى الاثنين لا من حيث الذات ولا من حيث النوع فكان عددا محضا فلا يحتمله لفظة الواحد بخلاف الثلاث فانه واحد من حيث الجنس لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق فى هذا النكاح وكل جنس من الافعال يكون جنسا واحدا ألا ترى انك متى عددت الاجناس تعده

جنساً واحداً من الاجناس كالضرب يكون جنساً واحداً من سائر أجناس الفعل وكذا الاكل والشرب ونحو ذلك ولو نوى ثنتين على التقسيم تصح نيته لما ذكر ولو قال أنت الطلاق ونوى الثلاث صحت نيته لان الفعل قد يذكر بمعنى المفعول يقال هذا الدرهم ضرب الامير أى مضروبه وهذا علم أبى حنيفة أى معلومه فلو حملناه على المصدر للغا كلامه ولو حملناه على معنى المفعول لصح فكان الحمل عليه أولى وصحت نية الثلاث لان النية تتبع المذكور والمذكور يلازم الجنس ولو قال لها أنت طالق بدون الالف واللام ذكر الطحاوى انه لا يكون الا واحدة وان نوى الثلاث وفرق بينه و بين قوله أنت الطلاق وذكر الجصاص ان هذا الفرق لا يعرف له وجه الا على الرواية التى روى عن أبى حنيفة فى قوله أنت طالق طلاقا انه لا يكون الا واحدة وان نوى الثلاث فاما على الرواية المشهورة فى التسوية بين قوله أنت طالق الطلاق و بين قوله أنت طالق طلاقا فلا يتبين وجه الفرق بين قوله أنت طلاق و بين قوله أنت الطلاق وحكى ان الكسائى سأل محمد بن الحسن عن قول الشاعر

فان ترفقى ياهند فالرفق أيمن * وان تخرقى ياهند فالخرق اشأم

فانت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال محمد رحمه الله ان قال والطلاق عزيمة ثلاث طلقت واحدة بقوله أنت طلاق وصار قوله والطلاق عزيمة ثلاث ابتداء وخبرا غير متعلق بالاول وان قال والطلاق عزيمة ثلاثا طلقت ثلاثا كانه قال أنت طالق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث هى فى الحال تفسير الموقع فاستحسن الكسائى جوابه وكذا لو قال أنت طالق الطلاق ونوى الثلاث لانه ذكر المصدر وعرفه بلام التعريف فيستغرق كل جنس المشروع من الطلاق فى هذا الملك وهو الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى حقيقة كلامه فصحت نيته الا ان عند الاطلاق لا ينصرف اليه لقرينة تمنع من التصرف اليه على ماذكره ولو نوى ثنتين لا على التقسيم لا تصح نيته لما ذكرنا ان الطلاق مصدر والمصدر صيغته صيغة واحدة فكان تحقيق معنى التوحيد فيه لازما والاثنان عدد محض لا توحد فيه بوجه فلا يحتمله اللفظ الموضوع للتوحيد وانما احتمل الثلاث من حيث التوحيد لانه كل جنس ما يملكه من الطلاق فى هذا الملك وكل الجنس جنس واحد بالاضافة الى غيره من الاجناس وأمكن تحقيق معنى التوحيد فيه وان لم يكن له نية لا يقع الا واحدة لانه وان عرف المصدر بلام التعريف الموضوعة لاستغراق الجنس لكنه انصرف الى الواحد بدلالة الحال لان ايقاع الثلاث جملة محظور والظاهر من حال المسلم ان لا يرتكب المحظور فانصرف الى الواحد بقرينة وصار هذا كما اذا حلف لا يشرب الماء أو لا يتزوج النساء أو لا يكلم بنى آدم انه ان نوى كل جنس من هذه الاجناس صحت نيته وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد من كل جنس لدلالة الحال كذا هذا ولو قال أردت بقولى أنت طالق واحدة و بقولى الطلاق أو طلاقا أخرى صدق لانه ذكر لفظين كل واحد منهما يصلح ايقاعا تاما ألا ترى انه اذا قال لها أنت طالق يقع الطلاق ولو قال أنت الطلاق أو طلاق يقع أيضاً فاذا أراد بذلك صار كانه قال لها أنت طالق وطالق ولو قال لامرأته طلقى نفسك ونوى به الثلاث صحت نيته حتى لو قالت طلقت نفسى ثلاثا كان ثلاثا لان المصدر يصير مذكورا فى الامر لأن معناه حصلى طلاقا والمصدر يقع على الواحد و يحتمل الكل فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه وان لم يكن له نية ينصرف الى الواحد لكونه متيقنا وان نوى ثنتين لا يصح لانه عدد محض فكان معنى التوحد فيه منعدما أصلا و رأسا فلا يحتمله صيغة واحدة ولو طلق امرأته تطليقة يملك الرجعة ثم قال لها قبل انقضاء العدة قد جعلت تلك التطليقة التى أوقعتها عليك ثلاثا أو قال قد جعلتها بائنا اختلف أصحابنا الثلاثة فيه قال أبو حنيفة يكون ثلاثا و يكون بائنا وقال محمد لا يكون ثلاثا ولا بائنا وقال أبو يوسف يكون بائنا ولا يكون ثلاثا وجه قول محمد ان الطلاق بعد وقوعه شرعا بصفة لا يحتمل التغيير عن تلك الصفة لان تغييره يكون تغيير الشرع والعبد لا يملك ذلك ألا ترى انه لو طلقها ثلاثا فجعلها واحدة لا تصير واحدة وكذا لو طلقها تطليقة بائنة فجعلها رجعية لا تصير رجعية لما قلنا كذا هذا وجه قول أبى يوسف ان التطليقة الرجعية يحتمل

ان يلحقها البينونة فى الجملة ألا يرى انه لو تركها حتى انقضت عدتها تصير بائنة فجاز تعجيل البينونة فيها أيضاً فاما الواحدة فلا يحتمل أن تصير ثلاثا أبدا فلغا قوله جعلتها ثلاثا ولابى حنيفة انه يملك ايقاع هذه التطليقة بائنة من الابتداء فيملك الحاقها بالبائنة لانه يملك انشاء الابانة فى هذه الجملة كما كان يملكها فى الابتداء ومعنى جعل الواحدة ثلاثا انه الحق بها تطليقتين أخريين لا انه جعل الواحد ثلاثا

﴿فصل﴾ (وأما) الكناية فنوعان نوع هو كناية بنفسه وضعا ونوع هو ملحق بها شرعا فى حق النية أما النوع الاول فهو كل لفظ يستعمل فى الطلاق ويستعمل فى غيره نحو قوله أنت بائن أنت على حرام خلية برية بتة أمرك بيدك اختارى اعتدى استبرى رحمك أنت واحدة خليت سبيلك سرحتك حبلك على غاربك فارقتك خالعتك ولم يذكر العوض لا سبيل لى عليك لا ملك لى عليك لا نكاح لى عليك أنت حرة قومى اخرجى اغربى انطلقى انتقلى تقنعى استترى تزوجى ابتغى الازواج الحقى باهلك ونحو ذلك سمى هذا النوع من الالفاظ كناية لان الكناية فى اللغة اسم لفظ استتر المراد منه عند السامع وهذه الالفاظ مستترة المراد عند السامع فان قوله بائن يحتمل البينونة عن النكاح ويحتمل البينونة عن الخير أو الشر وقوله حرام يحتمل حرمة الاستمتاع ويحتمل حرمة البيع والقتل والاكل ونحو ذلك وقوله خلية مأخوذ من الخلو فيحتمل الخلو عن الزوج والنكاح ويحتمل الخلو عن الخير أو الشر وقوله برية من البراءة فيحتمل البراءة من النكاح ويحتمل البراءة من الخير أو الشر وقوله بتة من البت وهو القطع فيحتمل القطع عن النكاح ويحتمل القطع عن الخير أو عن الشر وقوله أمرك بيدك يحتمل فى الطلاق ويحتمل فى أمر آخر من الخروج والانتقال وغير ذلك وقوله اختارى يحتمل اختيار الطلاق ويحتمل اختيار البقاء على النكاح وقوله اعتدى أمر بالاعتداد وانه يحتمل الاعتداد الذى هو من العدة ويحتمل الاعتداد الذى هو من العدد أى اعتدى نعمى التى أنعمت عليك وقوله استبرى رحمك أمر بتعريف براءة الرحم وهو طهارتها عن الماء وانه كناية عن الاعتداد الذى هو من العدة ويحتمل استبرى رحمك لاطلقك وقوله أنت واحدة يحتمل أن تكون الواحدة صفة الطلقة أى طالق واحدة أى طلقة واحدة ويحتمل التوحيد فى الشرف أى أنت واحدة فى الشرف وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل الخروج من البيت لزيارة الابوين أو لامر آخر وقوله سرحتك يعنى خليتك يقال سرحت ابلى وخليتها بمعنى واحد وقولك حبلك على غاربك استعارة عن التخلية لان الجمل اذا ألقى حبله على غاربه فقد خلى سبيله يذهب حيث شاء وقوله فارقتك يحتمل المفارقة عن النكاح ويحتمل المفارقة عن المكان والمضجع وعن الصداقة وقوله خالعتك ولم يذكر العوض يحتمل الخلع عن نفسه بالطلاق ويحتمل الخلع عن نفسه بالهجر عن الفراش ونحو ذلك وقوله لا سبيل لى عليك يحتمل سبيل النكاح ويحتمل سبيل البيع والقتل ونحو ذلك وكذا قوله لا ملك لى عليك يحتمل ملك النكاح ويحتمل ملك البيع ونحو ذلك وقوله لا نكاح لى عليك لانى قد طلقتك ويحتمل لا نكاح لى عليك أى لا أتزوجك ان طلقتك ويحتمل لا نكاح لى عليك أى لا أطؤك لان النكاح يذكر بمعنى الوطء وقوله أنت حرام يحتمل الخلوص عن ملك النكاح ويحتمل الخلوص عن ملك اليمين ونحو ذلك وقوله قومى واخرجى واذهبى يحتمل أى افعلى ذلك لانك قد طلقت والمرأة اذا طلقت من زوجها تقوم وتخرج من بيت زوجها وتذهب حيث تشاء ويحتمل التقيد عن نفسه مع بقاء النكاح وقوله اغربى عبارة عن البعد أى تباعدى فيحتمل البعد من النكاح ويحتمل البعد من الفراش وغير ذلك وقوله انطلقى وانتقلى يحتمل الطلاق لانها تنطلق وتنتقل عن بيت زوجها اذا طلقت ويحتمل الانطلاق والانتقال الى بيت أبويها للزيارة ونحو ذلك وقوله تقنعى واستترى أمر بالتقنع والاستتار فيحتمل الطلاق لانها اذا طلقت يلزمها ستر رأسها بالقناع وستر أعضائها بالثوب عن زوجها ويحتمل تقنعى واستترى أى كونى متقنعة ومستورة لئلا يقع بصر أجنبى عليك وقوله تزوجى يحتمل الطلاق اذ لا يحل لها التزوج بزوج آخر الا بعد الطلاق ويحتمل تزوجى ان طلقتك وكذا قوله ابتغى الازواج وقوله الحقى باهلك يحتمل الطلاق لان المرأة تلحق باهلها اذا

صارت مطلقة و يحتمل الطرد والا بعاد عن نفسه مع بقاء النكاح واذا احتملت هذه الالفاظ الطلاق وغير الطلاق فقد استتر المراد منها عند السامع فافتقرت الى النية لتعيين المراد ولا خلاف فى هذه الجملة الا فى ثلاثة ألفاظ وهى قوله سرحتك وفارقتك وأنت واحدة فقال أصحابنا قوله سرحتك وفارقتك من الكنايات لا يقع الطلاق بهما الا بقرينة النية كسائر الكنايات وقال الشافعى هما صريحان لا يفتقران الى النية كسائر الالفاظ الصريحة وقوله أنت واحدة من الكنايات عندنا وعنده هو ليس من ألفاظ الطلاق حتى لا يقع الطلاق به وان نوى ( أما ) المسئلة الاولى فاحتج الشافعى بقوله سبحانه وتعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان والتسريح هو التطليق وقوله تعالى فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف والمفارقة هى التطليق فقد سمى الله عز وجل الطلاق بثلاثة أسماء الطلاق والسراح والفراق ولو قال لها طلقتك كان صريحاً فكذا اذا قال سرحتك أو فارقتك ( ولنا ) ان صريح الطلاق هو اللفظ الذى لا يستعمل الا فى الطلاق عن قيد النكاح لما ذكرنا ان الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المراد عند السامع وما كان مستعملا فيه وفى غيره لا يكون ظاهر المراد بل يكون مستتر المراد ولفظ السراح والفراق يستعمل فى غير قيد النكاح يقال سرحت ابلى وفارقت صديقى فكان كناية لا صريحاً فيفتقر الى النية ولا حجة له فى الآيتين لانا نقول بموجبهما ان السراح والفراق طلاق لكن بطريق الكناية لا صريحاً لانعدام معنى الصريح على ما بينا وأما المسئلة الثانية فوجه قوله ان قوله أنت واحدة صفة المرأة فلا يحتمل الطلاق كقوله أنت قائمة وقاعدة ونحو ذلك ولنا انه لما نوى الطلاق فقد جعل الواحدة نعتاً لمصدر محذوف أى طلقة واحدة وهذا شائع فى اللغة يقال أعطيته جزيلا وضربته وجيعاً أى عطاء جزيلا وضرباً وجيعاً ولهذا يقع الرجعى عندنا دون البائن واختلف مشايخنا فى محل الخلاف قال بعضهم الخلاف فيما اذا قال واحدة بالوقف ولم يعرب فأما اذا أعرب الواحدة فلا خلاف فيها لانه ان رفعها لا يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ تكون صفة الشخص وان نصبها يقع الطلاق بالاجماع لانها حينئذ تكون نعتاً لمصدر محذوف على ما بينا فكان موضع الخلاف ما اذا وقفها ولم يعربها ويحتمل ان يقال ان موضع الرفع محل الاختلاف أيضاً لان معنى قوله أنت واحدة أى أنت منفردة عن النكاح وقال أكثر المشايخ ان الخلاف فى الكل ثابت لان العوام لا يهتدون الى هذا ولا يميزون بين اعراب واعراب ولا خلاف انه لا يقع الطلاق بشئ من ألفاظ الكناية الا بالنية فان كان قد نوى الطلاق يقع فيما بينه و بين الله تعالى وان كان لم ينو لا يقع فيما بينه و بين الله تعالى وان ذكر شيأ من ذلك ثم قال ما أردت به الطلاق يدين فيما بينه و بين الله تعالى لان الله تعالى يعلم سره ونجواه وهل يدين فى القضاء فالحال لا يخلو اما ان كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق واما اذا كانت حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله واما ان كانت حالة الغضب والخصومة فان كانت حالة الرضا وابتدأ الزوج بالطلاق يدين فى القضاء فى جميع الالفاظ لما ذكرنا ان كل واحد من الالفاظ يحتمل الطلاق وغيره والحال لا يدل على أحدهما فيسئل عن نيته و يصدق فى ذلك قضاء وان كانت حال مذاكرة الطلاق وسؤاله أو حالة الغضب والخصومة فقد قالوا ان الكنايات أقسام ثلاثة فى قسم منها لا يدين فى الحالين جميعاً لانه ما أراد به الطلاق لا فى حالة مذاكرة الطلاق وسؤاله ولا فى حالة الغضب والخصومة وفى قسم منها يدين فى حال الخصومة والغضب ولا يدين فى حال ذكر الطلاق وسؤاله وفى قسم منها يدين فى الحالين جميعاً ( أما ) القسم الاول فخمسة ألفاظ أمرك بيدك اختارى اعتدى استبرى رحمك أنت واحدة لان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره والحال يدل على ارادة الطلاق لان حال الغضب والخصومة ان كانت تصلح للشتم والتبعيد كما تصلح للطلاق فحال مذاكرة الطلاق تصلح للتبعيد والطلاق لكن هذه الالفاظ لا تصلح للشتم ولا للتبعيد فزال احتمال ارادة الشتم والتبعيد فتعينت الحالة دلالة على ارادة الطلاق فترجح جانب الطلاق بدلالة الحال فثبتت ارادة الطلاق فى كلامه ظاهراً فلا يصدق فى الصرف عن الظاهر كما فى صريح الطلاق اذا قال لامرأته أنت طالق ثم قال أردت به الطلاق عن الوثاق لا يصدق فى القضاء لما قلنا كذا هذا ( وأما ) القسم الثانى فخمسة ألفاظ أيضاً

خلية

خلية برية بتة بائن حرام لان هذه الالفاظ كما تصلح للطلاق تصلح للشتم فان الرجل يقول لامرأته عند ارادة الشتم أنت خلية من الخير برية من الاسلام بائن من الدين بتة من المروءة حرام أى مستخبث أو حرام الاجتماع والعشرة معك وحال الغضب والخصومة يصلح للشتم ويصلح للطلاق فبقى اللفظ فى نفسه محتملا للطلاق وغيره فاذا عنى به غيره فقد نوى ما يحتمله كلامه والظاهر لا يكذبه فيصدق فى القضاء ولا يصدق فى حال ذكر الطلاق لان الحال لا يصلح الا للطلاق لان هذه الالفاظ لا تصلح للتبعيد والحال لا يصلح للشتم فيدل على ارادة الطلاق لا التبعيد ولا الشتم فترجحت جنبة الطلاق بدلالة الحال وروى عن أبى يوسف انه زاد على هذه الالفاظ الخمسة خمسة أخرى لا سبيل لى عليك فارقتك خليت سبيلك لا ملك لى عليك بنت منى لان هذه الالفاظ تحتمل الشتم كما تحتمل الطلاق فيقول الزوج لا سبيل لى عليك لشرك وفارقتك فى المكان لكراهة اجتماعى معك وخليت سبيلك وما أنت عليه ولا ملك لى عليك لانك أقل من أن أملكك وبنت منى لانك بائن من الدين أو الخير وحال الغضب يصلح لهما وحال ذكر الطلاق لا يصلح الا للطلاق لما ذكرنا فالتحقت بالخمسة المتقدمة (وأما) القسم الثالث فبقية الالفاظ التى ذكرناها لان تلك الالفاظ لا تصلح للشتم وتصلح للتبعيد والطلاق لان الانسان قد يبعد الزوجة عن نفسه حال الغضب من غير طلاق وكذا حال سؤال الطلاق فالحال لا يدل على ارادة أحدهما فاذا قال ما أردت به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه والظاهر لا يخالفه فيصدق فى القضاء وكذلك لو قال وهبتك لاهلك قبلوها أو لم يقبلوها لانها هنا تحتمل الطلاق لان المرأة بعد الطلاق ترد الى أهلها وتحتمل التبعيد عن نفسه والنقل الى أهلها مع بقاء النكاح والحال لا يدل على ارادة أحدهما فبقى محتملا وسواء قبلها أهلها أو لم يقبلوها لان كون التصرف هبة فى الشرع لا يقف على قبول الموهوب له وانما الحاجة الى القبول لثبوت الحكم فكان القبول شرط الحكم وهو الملك وأهلها لا يملكون طلاقها فلا حاجة الى قبول وكذا اذا قال وهبتك لابيك أو لامك أو للازواج لان العادة ان المرأة بعد الطلاق ترد الى أبيها وأمها وتسلم اليهما ويملكها الازواج بعد الطلاق فان قال وهبتك لاخيك أو لاختك أو لخالتك أو لعمتك أو لفلان الاجنبى لم يكن طلاقا لان المرأة لا ترد بعد الطلاق على هؤلاء عادة ولو قال لامرأته لست لى بامرأة ولو قال لها ما أنا بزوجك أو سئل فقيل له هل لك امرأة فقال لا فان قال أردت الكذب يصدق فى الرضا والغضب جميعا ولا يقع الطلاق وان قال نويت الطلاق يقع الطلاق على قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يقع الطلاق وان نوى ولو قال لم أتزوجك ونوى الطلاق لا يقع الطلاق بالاجماع وكذا اذا قال والله ما أنت لى بامرأة أو قال على حجة ما أنت لى بامرأة انه لا يقع الطلاق وان نوى بالاتفاق وجه قولهما ان قوله لست لى بامرأة أو لا امرأة لى أو ما أنا بزوجك كذب لانه اخبار عن انتفاء الزوجية مع قيامها فيكون كذبا فلا يقع به الطلاق كما اذا قال لم أتزوجك أو قال والله ما أنت لى بامرأة ولابى حنيفة ان هذه الالفاظ تحتمل الطلاق فانه يقول لست لى بامرأة لانى قد طلقتك فكان محتملا للطلاق وكل لفظ يحتمل الطلاق اذا نوى به الطلاق كان طلاقا كقوله أنت بائن ونحو ذلك بخلاف لم أتزوجك لانه لا يحتمل الطلاق لانه نفى فعل التزوج أصلا ورأسا وانه لا يحتمل الطلاق فلا يقع به الطلاق وبخلاف قوله والله ما أنت لى بامرأة لان اليمين على النفى تتناول الماضى وهو كاذب فى ذلك فلا يقع به شئ ولو قال لا حاجة لى فيك لا يقع الطلاق وان نوى لان عدم الحاجة لا يدل على عدم الزوجية فان الانسان قد يتزوج بمن لا حاجة له الى تزوجها فلم يكن ذلك دليلا على انتفاء النكاح فلم يكن محتملا للطلاق وقال محمد فيمن قال لامرأته افلحى يريد به الطلاق انه يقع به الطلاق لان قوله افلحى بمعنى اذهبى فان العرب تقول للرجل افلح بخير أى اذهب بخير ولو قال لها اذهبى يريد به الطلاق كان طلاقا كذا هذا ويحتمل قوله افلحى أى اظفرى بمرادك يقال افلح الرجل اذا ظفر بمراده وقد يكون مرادها الطلاق فكان هذا القول محتملا للطلاق فاذا نوى به الطلاق صحت نيته ولو قال فسخت النكاح بينى وبينك ونوى الطلاق يقع الطلاق لان فسخ النكاح نقضه فكان فى معنى الابانة ولو قال وهبت لك طلاقا وقال أردت به أن يكون

الطلاق فى يدك لا يصدق فى القضاء ويقع الطلاق لان الهبة تقتضى زوال الملك وهبة الطلاق منها تقتضى زوال ملكه عن الطلاق وذلك بوقوع الطلاق وجعل الطلاق فى يدها تمليك الطلاق اياها فلا يحتمله اللفظ الموضوع للازالة وروى عن أبى حنيفة رواية أخرى انه لا يقع به شىء لان الهبة تمليك وتمليك الطلاق اياها هو ان يجعل اليها ايقاعه ويحتمل قوله وهبت لك طلاقك أى أعرضت عن ايقاعه فلا يقع به شىء ولو أراد أن يطلقها فقالت له هب لى طلاقى تريد أعرض عنه فقال قد وهبت لك طلاقك يصدق فى القضاء لان الظاهر انه أراد به ترك الايقاع لان السؤال وقع به فينصرف الجواب اليه ولو قال تركت طلاقك أو خليت سبيل طلاقك وهو يريد الطلاق وقع لان ترك الطلاق وتخلية سبيله قد يكون بالاعراض عنه وقد يكون باخراجه عن ملكه وذلك بايقاعه فكان اللفظ محتملا للطلاق وغيره فتصح نيته ولو قال أعرضت عن طلاقك أو صفحت عن طلاقك ونوى الطلاق لم تطلق لان الاعراض عن الطلاق يقتضى ترك التصرف فيه والصفح هو الاعراض فلا يحتمل الطلاق ولا تصح نيته وكذا كل لفظ لا يحتمل الطلاق لا يقع به الطلاق وان نوى مثل قوله بارك الله عليك أو قال لها اطعمينى أو اسقينى ونحو ذلك ولو جمع بين ما يصلح للطلاق وبين ما لا يصلح له بان قال لها اذهبى وكلى أو قال اذهبى وبيعى الثوب ونوى الطلاق بقوله اذهبى ذكر فى اختلاف زفر ويعقوب ان فى قول أبى يوسف لا يكون طلاقا وفى قول زفر يكون طلاقا وجه قول زفر انه ذكر لفظين احدهما يحتمل الطلاق والآخر لا يحتمله فيلغو ما لا يحتمله ويصح ما يحتمله ولابى يوسف ان قوله اذهبى مقرونا بقوله كلى أو بيعى لا يحتمل الطلاق لان معناه اذهبى لتأكلى الطعام واذهبى لتبيعى الثوب والذهاب للاكل والبيع لا يحتمل الطلاق فلا تعمل نيته ولو نوى فى شىء من الكنايات التى هى بوائن أن يكون ثلاثا مثل قوله أنت بائن أو أنت على حرام أو غير ذلك يكون ثلاثا الا فى قوله اختارى لان البينونة نوعان غليظة وخفيفة فالخفيفة هى التى تحل له المرأة بعد بينونتها بنكاح جديد بدون التزوج بزوج آخر والغليظة ما لا تحل له الا بنكاح جديد بعد التزوج بزوج آخر فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله لفظه والدليل عليه ما روى ان ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته البتة فاستحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أردت ثلاثا فلو لم يكن اللفظ محتملا للثلاث لم يكن للاستحلاف معنى وكذا قوله أنت على حرام يحتمل الحرمة الغليظة والخفيفة فاذا نوى الثلاث فقد نوى احدى نوعى الحرمة فتصح نيته وان نوى ثنتين كانت واحدة فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر يقع ما نوى وجه قوله ان الحرمة والبينونة أنواع ثلاثة خفيفة وغليظة ومتوسطة بينهما ولو نوى أحد النوعين صحت نيته فكذا اذا نوى الثلاث لان اللفظ يحتمل الكل على وجه واحد (ولنا) ان قوله بائن أو حرام اسم للذات والذات واحدة فلا تحتمل العدد وانما احتمل الثلاث من حيث التوحد على ما بينا فى صريح الطلاق ولا توحد فى الاثنين أصلا بل هو عدد محض فلا يحتمله الاسم الموضوع للواحد مع ما ان الحاصل بالثنتين والحاصل بالواحدة سواء لان أثرهما فى البينونة والحرمة سواء ألا ترى انها تحل فى كل واحدة منهما بنكاح جديد من غير التزوج بزوج آخر فكان الثابت بهما بينونة خفيفة وحرمة خفيفة كالثابت بالواحد فلا يكون ههنا قسم ثالث فى المعنى وعلى هذا قال أصحابنا انه اذا قال لزوجته الامة أنت بائن أو حرام ينوى الثنتين يقع ما نوى لان الاثنتين فى الامة كل جنس الطلاق فى حقها فكان الثنتان فى حق الامة كالثلاث فى حق الحرة وقالوا لو طلق زوجته الحرة واحدة ثم قال لها أنت بائن أو حرام ينوى اثنتين كانت واحدة لان الاثنتين بانفسهما ليسا كل جنس طلاق الحرة بدون الطلقة المتقدمة ألا ترى انها لا تبين فالاثنتين بينونة غليظة بدونها ولو نوى بقوله اعتدى واستبرى رحمك وأنت واحدة ثلاثا لم تصح لان هذه الالفاظ فى حكم الصريح ألا ترى أن الواقع بها رجعية فصار كانه قال أنت طالق ونوى به الثلاث ولان قوله أنت واحدة لا يحتمل أن يفسر بالثلاث فلا يحتمل نية الثلاث وكذا قوله اعتدى واستبرى رحمك لان الواقع بكل واحدة منهما رجعى فصار كقوله أنت واحدة وكذا لو نوى بها اثنتين لا يصح لما قلنا بل أولى لان الاثنتين عدد محض والله أعلم

(فصل)

﴿فصل﴾ وأما النوع الثانى فهو ان يكتب على قرطاس أو لوح أو أرض أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة امرأته طالق فيسئل عن نيته فان قال نويت به الطلاق وقع وان قال لم أنو به الطلاق صدق فى القضاء لان الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكتابة لان الانسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق الا بالنية وان كتبت كتابة غير مستبينة بان كتب على الماء أو على الهواء فذلك ليس بشىء حتى لا يقع به الطلاق وان نوى لان مالا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة فكان ملحقا بالعدم وان كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل ان يكتب أما بعد يا فلانة فانت طالق أو اذا وصل كتابى اليك فأنت طالق يقع به الطلاق ولو قال ما أردت به الطلاق أصلا لا يصدق الا ان يقول نويت طلاقا من وثاق فيصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لان الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ألا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة وبالكتاب أخرى وبالرسول ثالثا وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب فدل ان الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب فصار كانه خاطبها بالطلاق عند الحضرة فقال لها أنت طالق او أرسل اليها رسولا بالطلاق عند الغيبة فاذا قال ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق ثم ان كتب على الوجه المرسوم ولم يعلقه بشرط بان كتب أما بعد يا فلانة فأنت وقع الطلاق عقيب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل لما ذكرنا ان كتابة قوله أنت طالق على طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ بها وان علقه بشرط الوصول اليها بان كتب اذا وصل كتابى اليك فانت طالق لا يقع الطلاق حتى يصل اليها لانه علق الوقوع بشرط الوصول فلا يقع قبله كما لو علقه بشرط آخر وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وكتب اذا وصل كتابى اليك فانت طالق ثم محا ذكر الطلاق منه وأنفذ الكتاب وقد بقى منه كلام يسمى كتابا ورسالة وقع الطلاق لوجود الشرط وهو وصول الكتاب اليها فان محا ما فى الكتاب حتى لم يبق منه كلام يكون رسالة لم يقع الطلاق وان وصل لان الشرط وصول الكتاب ولم يوجد لان ما بقى منه لا يسمى كتابا فلم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق والله أعلم هذا الذى ذكرنا بيان الالفاظ التى يقع بها الطلاق فى الشرع

﴿فصل﴾ وأما بيان صفة الواقع بها فالواقع بكل واحد من النوعين اللذين ذكرناهما من الصريح والكناية نوعان رجعى وبائن أما الصريح الرجعى فهو ان يكون الطلاق بعد الدخول حقيقة غير مقرون بعوض ولا بعدد الثلاث لا نصا ولا اشارة ولا موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف ولا مشبه بعدد أو وصف تدل عليها وأما الصريح البائن فبخلافه وهو ان يكون بحروف الابانة أو بحروف الطلاق لكن قبل الدخول حقيقة أو بعده لكن مقرونا بعدد الثلاث نصا أو اشارة أو موصوفا بصفة تدل عليها اذا عرف هذا فصريح الطلاق قبل الدخول حقيقة يكون بائنا لان الاصل فى اللفظ المطلق عن شرط ان يفيد الحكم فيما وضع له للحال والتأخر فيما بعد الدخول الى وقت انقضاء العدة ثبت شرعا بخلاف الاصل فيقتصر على مورد الشرع فبقى الحكم فيما قبل الدخول على الاصل ولو خلا بها خلوة صحيحة ثم طلقها صريح الطلاق وقال لم أجامعها كان طلاقا بائنا حتى لا يملك مراجعتها وان كان للخلوة حكم الدخول لانها ليست بدخول حقيقة فكان هذا طلاقا قبل الدخول حقيقة فكان بائنا وكذلك اذا كان مقرونا بعوض وهو الخلع ببدل والطلاق على مال لان الخلع بعوض طلاق على مال عندنا على ما نذكر ان شاء الله تعالى والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول وهو مالها فتملك هى العوض الآخر وهو نفسها تحقيقا للمعاوضة المطلقة ولا تملك الا بالبائن فكان الواقع بائنا وكذلك اذا كان مقرونا بعدد الثلاث نصا بان قال لها أنت طالق ثلاثا لقوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وكذا اذا أشار الى عدد الثلاث بان قال لها أنت طالق هكذا يشير بالابهام والسبابة والوسطى وان أشار باصبع واحدة فهى واحدة يملك الرجعة وان أشار باثنتين فهى اثنتان لان الاشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الاعلام والدليل عليه العرف والشرع أيضا أما العرف فظاهر (وأما) الشرع فقول النبى صلى

الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار صلى الله عليه وسلم باصابع يديه كلها فكان بيانا ان الشهر يكون ثلاثين يوما ثم قال صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه فى المرة الثالثة فكان بيانا ان الشهر يكون تسعة وعشرين يوما واذا اقامت الاشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كانه قال أنت طالق ثلاثا والمعتبر فى الاصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة والدليل عليه ان النبى صلى الله عليه وسلم لما قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وقبض ابهامه فى المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوما ولو اعتبر المقبوض لكان المفهوم منه أحدا أو عشرين يوما فدل ان المعتبر فى الاشارة بالاصابع المرسل منها لا المقبوض وكذا اذا كان موصوفا بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها من غير حرف العطف مثل قوله أنت طالق بائن أو أنت طالق حرام أو أنت طالق البتة ونحو ذلك وهذا عندنا وقال الشافعى يقع واحدة رجعية وجه قوله انه لما قال أنت طالق فقد أتى بصريح الطلاق وانه معقب للرجعة فلما قال بائن فقد أراد تغيير المشروع فيرد عليه كما لو قال أعرتك عارية لا رد فيها وكما لو قال أنت طالق وقال أردت به الابانة ولنا انه وصف المرأة بالبينونة بالطلاق الاول وانه مما يحتمل البينونة ألا ترى انه تحصل البينونة قبل الدخول و بعده بعد انقضاء العدة فكان قوله بائن قرينة مبينة لا مغيرة ثم اذا لم يكن له نية لا يقع تطليقة بقوله طالق والاخرى بقوله بائن ونحو ذلك لان قوله بائن ونحو ذلك يصلح وصفا للمرأة بالطلاق الاول فلا يثبت الا مقتضى واحد لان ثبوته بطريق الضرورة فيؤخذ فيه بالادنى وكذا اذا قال لها أنت طالق تطليقة قوية أو شديدة لان الشدة تنبئ عن القوية والقوى هو البائن وكذا اذا قال لها أنت طالق تطليقة طويلة أو عريضة لان الطول والعرض يقتضيان القوة ولو قال لها أنت طالق من ههنا الى موضع كذا فهو رجعى فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو بائن وجه قوله انه وصف الطلاق بالطول فصار كما لو قال لها أنت طالق تطليقة طويلة (ولنا) انه وصفه بالطول صورة و بالقصر معنى لان الطلاق اذا وقع فى مكان يقع فى الاماكن كلها فكان القصر على بعض الاماكن وصفا له بالقصر والطلقة القصيرة هى الرجعية ولو قال أنت طالق أشد الطلاق فان لم يكن له نية أو نوى واحدة فهى واحدة بائنة لان حكم البائن أشد من حكم الرجعى فيقع بائنا وان نوى ثلاثا فثلاث لان ألف التفضيل قد تذكر لبيان أصل التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك فى الواحدة البائنة لانها أشد حكما من الرجعية وقد تذكر لبيان نهاية التفاوت وهو مطلق التفاوت وذلك فى الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته وان لم يكن له نية ينصرف الى الادنى لانه متيقن به ولو قال لها أنت طالق ملء البيت فان نوى الثلاث كان ثلاثا وان لم يكن له نية فهو واحدة بائنة لان قوله ملء البيت يحتمل انه أراد به الكثرة والعدد و يحتمل انه أراد به الصفة وهى العظم والقوة فى ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه وعند انعدام النية يحمل على الواحدة البائنة لكونه متيقنا بها ولو قال لها انت طالق أقبح الطلاق قال أبو يوسف هو رجعى وقال محمد هو بائن وجه قول محمد أنه وصف الطلاق بالقبح والطلاق القبيح هو الطلاق المنهى عنه وهو البائن فيقع بائنا ولابى يوسف ان قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح الشرعى وهو الكراهية الشرعية و يحتمل القبح الطبعى وهو الكراهية الطبيعية وهو ان يطلقها فى وقت يكره الطلاق فيه طبعا فلا تثبت البينونة فيه بالشك وكذا قوله أقبح الطلاق يحتمل القبح بجهة الابانة و يحتمل القبح بايقاعه فى زمن الحيض أو فى طهر جامعها فيه فلا تثبت البينونة بالشك ولو قال أنت طالق للبدعة فهى واحدة رجعية لان البدعة قد تكون فى البائن وقد تكون فى الطلاق حالة الحيض فوقع الشك فى ثبوت البينونة فلا تثبت البينونة بالشك ولو قال لها أنت طالق طلاق الشيطان فهو كقوله أنت طالق للبدعة و روى عن أبى يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق للبدعة ونوى واحدة بائنة تقع واحدة بائنة لان لفظه يحتمل ذلك على ما بينا فتصح نيته ولو شبه صريح الطلاق بالعدد فهذا على وجهين اما إن شبه بالعدد فيما له عدد واما ان شبه بالعدد فيما لا عدد له فان شبه بالعدد فيما هو ذو عدد كما لو قال لها أنت طالق كألف أو مثل ألف فهنا ثلاثة فصول (الاول) هذا (والثانى) ان يقول لها أنت طالق واحدة كألف أو مثل ألف والثالث ان يقول لها أنت طالق

كعدد ألف (أما) الفصل الاول فان نوى ثلاثا فهو ثلاث بالاجماع وان نوى واحدة أو لم يكن له نية فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو ثلاث ولو قال نويت به واحدة دينته فيما بينه وبين الله تعالى ولم أدينه في القضاء وجه قوله ان قوله كالف تشبيه بالعدد اذ الالف من أسماء الاعداد فصار كما لو نص على العدد فقال لها أنت طالق كعدد ألف ولو قال ذلك كان ثلاثا كذا هذا ولهما ان التشبيه بالالف يحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه من حيث الصفة وهو صفة القوة والشدة فان الواحد من الرجال قد يشبه بألف رجل في الشجاعة واذا كان محتملا لهما فلا يثبت العدد الا بالنية فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه وعند عدم النية يحمل على الادنى لانه متيقن به ولا يحمل على العدد بالشك وأما الفصل الثاني وهو ما اذا قال أنت طالق واحدة كالف فهي واحدة بائنة في قولهم جميعا لانه لما نص على الواحدة علم أنه ما أراد به التشبيه من حيث العدد فتعين التشبيه في القوة والشدة وذلك في البائن فيقع بائنا وأما الفصل الثالث وهو ما اذا قال لها أنت طالق كعدد ألف أو كعدد ثلاث أو مثل عدد ثلاث فهو ثلاث في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولو نوى غير ذلك فنيته باطلة لان التنصيص على العدد ينفي احتمال ارادة الواحد فلا يصدق انه ما أراد به الثلاث أصلا كما اذا قال أنت طالق ثلاثا ونوى الواحدة وان شبه بالعدد فيما لا عدد له بان قال أنت طالق مثل عدد كذا أو كعدد كذا الشيء لا عدد له كالشمس والقمر ونحو ذلك فهي واحدة بائنة في قياس قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة وجه قول أبي يوسف ان التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو فبطل التشبيه وقوله أنت طالق ولابي حنيفة ان هذا النوع من التشبيه يقتضي ضربا من الزيادة لا محالة ولا يمكن حمله على الزيادة من حيث العدد فيحمل على الزيادة من حيث الصفة وقالوا فيمن قال لامرأته أنت طالق عدد شعر راحتي أو عدد ما على ظهر كفي من الشعر وقد حلق ظهر كفه طلقت واحدة لانه شبه بما لا عدد له لانه علق الطلاق بوجود الشعر على راحته أو على ظهر كفه للحال وليس على راحته ولا على ظهر كفه شعر للحال فلا يتحقق التشبه بالعدد فلغا التشبه وبقي قوله أنت طالق فيكون رجعيا ولو قال أنت طالق عدد شعر رأسي وعدد شعر ظهر كفي وقد حلقه طلقت ثلاثا لانه شبه بما له عدد لان شعر رأسه ذو عدد وان لم يكن موجودا في الحال فكان هذا تشبيها بما حال وجوده وهو حال وجوده ذو عدد بخلاف المسئلة الاولى لان ذلك تعليق التشبيه بوجوده للحال وهو غير موجود للحال فيلغو التشبيه ولو قال لها أنت طالق مثل الجبل أو مثل حبة الخردل فهي واحدة بائنة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف هي واحدة يملك الرجعة وجه قول أبي يوسف إن قوله مثل الجبل أو مثل حبة الخردل يحتمل التشبيه في التوحد لان الجبل بجميع أجزائه شيء واحد غير متعدد فلا تثبت البينونة بالشك ولابي حنيفة ان هذا التشبيه يقتضي زيادة لا محالة وانه لا يحتمل الزيادة من حيث العدد لانه ليس بذي عدد لكونه واحدا في الذات فيحمل على الزيادة التي ترجع الى الصفة وهي البينونة فيحمل على الواحدة البائنة لانها المتيقن بها ولو قال مثل عظم الجبل أو قال مثل عظم كذا فاضاف ذلك الى صغير أو كبير فهي واحدة بائنة وان لم يسم واحدة وان نوى ثلاثا فهو ثلاث لانه نص على التشبيه بالجبل في العظم فهذا يقتضي زيادة لا محالة على ما يقتضيه الصريح ثم ان كان قد سمى واحدة تعينت الواحدة البائنة لان الزيادة فيها لا تكون الا بالبينونة وان كان لم يسم واحدة احتمل الزيادة في الصفة وهي البينونة بواحدة أو بالثلاث فان نوى الثلاث يكون ثلاثا لانه نوى ما يحتمله كلامه وان لم يكن له نية يحمل على الواحدة لكونها أدنى والادنى متيقن به وفي الزيادة عليه شك ولو قال أنت طالق مثل هذا وهذا وهذا واشار بثلاث أصابع فان نوى به ثلاثا فثلاث وان نوى واحدة بائنة فواحدة بائنة لانه شبه الطلاق بما له عدد فيحتمل التشبيه من حيث العدد ويحتمل التشبيه في الصفة وهي الشدة فاذا نوى به الثلاث صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه كما في قوله أنت طالق كالف واذا نوى به الواحدة كانت واحدة لانه أراد به التشبيه في الصفة وكذا اذا لم يكن له نية يحمل على التشبيه من حيث الصفة لانه أدنى والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما الكناية فثلاثة ألفاظ من الكنايات رواجع بلا خلاف وهي قوله اعتدي واستبري رحمك

وأنت واحدة أما قوله اعتدى فلما روى عن أبى حنيفة انه قال القياس فى قوله اعتدى أن يكون بائنا وانما اتبعنا الاثر
وكذا قال أبو يوسف القياس أن يكون بائنا وانما تركنا القياس لحديث جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لسودة بنت زمعة رضى الله عنها اعتدى فناشدته أن يراجعها لتجعل يومها لعائشة رضى الله عنها حتى تحشر فى
جملة أزواجه فراجعها ورد عليها يومها ولان قوله اعتدى أمر بالاعتداد والاعتداد يقتضى سابقة الطلاق والمقتضى
يثبت بطريق الضرورة فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بالاقل وهو الواحدة الرجعية فلا يثبت ماسواها ثم
قوله اعتدى انما يجعل مقتضيا للطلاق فى المدخول بها وأما فى غير المدخول بها فانه يجعل مستعارا من الطلاق وقوله
استبرى رحمك تفسير قوله اعتدى لان الاعتداد شرع للاستبراء فيفيد ما يفيده قوله اعتدى وأما قوله أنت واحدة
فلانه لما نوى الطلاق فقد جعل قوله واحدة نعتا لمصدر محذوف وهو الطلقة كانه قال أنت طالق طلقة واحدة كما
يقال أعطيته جزيلا أى عطاء جزيلا واختلف فى البواقى من الكنايات فقال أصحابنا رحمهم الله إنها بوائن وقال
الشافعى رواجع وجه قوله ان هذه الالفاظ كنايات الطلاق فكانت مجازا عن الطلاق ألا ترى انها لا تعمل بدون
نية الطلاق فكان العامل هو الحقيقة وهو المكنى عنه لا المجاز الذى هو الكناية ولهذا كانت الالفاظ الثلاثة رواجع
فكذا البواقى ولنا أن الشرع ورد بهذه الالفاظ وانها صالحة لاثبات البينونة والمحل قابل للبينونة فاذا وجدت من
الاهل ثبتت البينونة استدلالا بما قبل الدخول ولا شك ان هذه الالفاظ صالحة لاثبات البينونة فانه تثبت البينونة
بها قبل الدخول وبعد انقضاء العدة ويثبت به قبول المحل أيضا لان ثبوت البينونة فى محل لا يحتملها محال والدليل
على ان الشرع ورد بهذه الالفاظ قوله تعالى فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقوله تعالى فتعالين أمتعكن
وأسرحكن سراحا جميلا وقوله فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف والتسريح والمفارقة من كنايات الطلاق
على ما بينا وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فرأى فى كشحها بياضا فقال لها الحقى باهلك وهذا
من ألفاظ الكنايات وان ركانة بن زيد أو زيد بن ركانة طلق امرأته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أراد
بها الثلاث وقوله البتة من الكنايات فاذا ثبت ان هذا التصرف مشروع فوجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده
شرعا بصدوره من أهله وحلوله فى محله وقد وجد فتثبت البينونة واذا ثبتت البينونة فقد زال الملك فلا يملك الرجعة ولان
شرع الطلاق فى الاصل لمكان المصلحة لان الزوجين قد تختلف أخلاقهما وعند اختلاف الاخلاق لا يبقى النكاح
مصلحة لانه لا يبقى وسيلة الى المقاصد فتنقلب المصلحة الى الطلاق ليصل كل واحد منهما الى زوج يوافقه فيستوفى
مصالح النكاح منه الا أن المخالفة قد تكون من جهة الزوج وقد تكون من جهة المرأة فالشرع شرع الطلاق وفوض
طريق دفع المخالفة والاعادة الى الموافقة الى الزوج لاختصاصه بكمال العقل والرأى فينظر فى حال نفسه فان كانت
المخالفة من جهته يطلقها طلاقا واحدا رجعيا أو ثلاثا فى ثلاثة أطهار ويجرب نفسه فى هذه المدة فان كان يمكنه
الصبر عنها ولا يميل قلبه اليها يتركها حتى تنقضى عدتها وان كان لا يمكنه الصبر عنها راجعها وان كانت المخالفة من
جهتها تقع الحاجة الى أن تتوب وتعود الى الموافقة وذلك لا يحصل بالطلاق الرجعى لانها اذا علمت ان النكاح
بينهما قائم لا تتوب فيحتاج الى الابانة التى بها يزول الحل والملك لتذوق مرارة الفراق فتعود الى الموافقة عسى وإذا
كانت المصلحة فى الطلاق بهذين الطريقين مست الحاجة الى شرع الابانة عاجلا وآجلا تحقيقا لمصالح النكاح
بالقدر الممكن وقوله هذه الالفاظ مجاز عن الطلاق ممنوع بل هى حقائق عاملة بانفسها لانها صالحة للعمل بانفسها على
ما بينا فكان وقوع البينونة بها لا بالمكنى عنه على انا ان سلمنا انها مجاز عن الطلاق فلفظ المجاز عامل بنفسه أيضا
كلفظ الحقيقة فان المجاز أحد نوعى الكلام فيعمل بنفسه كالحقيقة ولهذا قلنا ان للمجاز عموما كالحقيقة الا أنه يشترط
النية لتنوع البينونة والحرمة الى الغليظة والخفيفة فكان الشرط فى الحقيقة نية التمييز وتعيين أحد النوعين لا نية
الطلاق والله أعلم ويستوى فيما ذكرنا من الصريح والكناية والرجعى والبائن أن يكون ذلك بمباشرة الزوج بنفسه

بطريق الاصالة او بغيره باذنه أو أمره وذلك نوعان توكيل وتفويض أما التفويض فنحو قول الرجل لامرأته أمرك بيدك وقوله اختارى وقوله أنت طالق ان شئت وما يجرى مجراه وقوله طلقى نفسك

﴿فصل﴾ أما قوله أمرك بيدك فالكلام فيه يقع فى مواضع فى بيان صفة هذا التفويض وهو جعل الامر باليد وفى بيان حكمه وفى بيان شرط ثبوت الحكم وفى بيان شرط بقائه وما يبطل به وما لا يبطل وفى بيان صفة الحكم الثابت وفى بيان ما يصلح جواب الامر باليد من الالفاظ و بيان حكمها اذا وجد أما بيان صفته فهو انه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجوع عنه ولا نهى المرأة عما جعل اليها ولا فسخ ذلك لانه ملكها الطلاق ومن ملك غيره شيأ فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك ابطاله بالرجوع والنهى والفسخ بخلاف البيع فان الايجاب من البائع ليس بتمليك بل هو أحد ركنى البيع فاحتمل الرجوع عنه ولان الطلاق بعد وجوده لا يحتمل الرجوع والفسخ فكذا بعد ايجابه بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ بعد تمامه فيحتمل الفسخ والرجوع بعد ايجابه أيضا ولان هذا النوع من التمليك فيه معنى التعليق فلا يحتمل الرجوع عنه والفسخ كسائر التعليقات المطلقة بخلاف البيع فانه ليس فيه معنى التعليق رأسا وكذلك لو قام هو عن المجلس لا يبطل الجعل لان قيامه دليل الابطال لكونه دليل الاعراض فاذا لم يبطل بصريح ابطاله كيف يبطل بدليل الابطال بخلاف البيع اذا أوجب البائع ثم قام قبل قبول المشترى انه يبطل الايجاب لان البيع يبطل بصريح الابطال فجاز أن يبطل بدليل الابطال وأما من جانب المرأة فانه غير لازم لانه لما جعل الامر بيدها فقد خيرها بين اختيارها نفسها فى التطليق و بين اختيارها زوجها والتخيير ينافى اللزوم (وأما) حكمه فهو صيرورة الامر بيدها فى الطلاق لانه جعل الامر بيدها فى الطلاق وهو من أهل الجعل والمحل قابل للجعل فيصير الامر بيدها (وأما) شرط صيرورة الامر بيدها فشيئان أحدهما نية الزوج الطلاق لانه من كنايات الطلاق فلا يصح من غير نية الطلاق ألا ترى أنه لا يملك ايقاعه بنفسه من غير نية الطلاق فكيف يملك تفويضه الى غيره من غير نية الطلاق حتى لو قال الزوج ما أردت به الطلاق يصدق ولا يصير الامر بيدها لان هذا التصرف يحتمل الطلاق و يحتمل غيره الا اذا كان الحال حال الغضب والخصومة أو حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق فى القضاء لان الحال تدل على ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق فى العدول عن الظاهر فان ادعت المرأة انه أراد به الطلاق أو ادعت ان ذلك كان فى حال الغضب أو فى حال ذكر الطلاق وهو ينكر فالقول قوله مع يمينه لانها تدعى عليه الطلاق وهو ينكر فان أقامت البينة ان ذلك كان فى حال الغضب أو ذكر الطلاق قبلت بينتها لان حال الغضب وذكر الطلاق يقف الشهود عليها و يتعلق علمهم بها فكانت شهادتهم عن علم بالمشهود به فتقبل ولو أقامت البينة على انه نوى الطلاق لا تقبل بينتها لانه لا وقوف للشهود على النية لانه أمر فى القلب فكانت هذه شهادة لا عن علم بالمشهود به فلم تقبل والثانى علم المرأة بجعل الامر بيدها وهى غائبة أو حاضرة لم تسمع لا يصير الامر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر لان معنى صيرورة الامر بيدها فى الطلاق هو ثبوت الخيار لها وهو اختيارها نفسها بالطلاق أو زوجها بترك الطلاق اختيار الايثار وهذا لا يتحقق الا بعد العلم بالتخيير فاذا علمت بالتخيير صار الامر بيدها فى أى وقت علمت ان كان التفويض مطلقا عن الوقت وان كان مؤقتا بوقت وعلمت فى شئ من الوقت صار الامر بيدها فاما اذا علمت بعد مضى الوقت كله لا يصير الامر بيدها بهذا التفويض أبدا لان ذلك علم لا ينفع لان التفويض المؤقت بوقت ينتهى عند انتهاء الوقت فلو صار الامر بيدها بعد ذلك لصار من غير تفويضه وهذا لا يجوز (وأما) بيان شرط بقاء هذا الحكم وما يبطل به وما لا يبطل فلا يمكن معرفته الا بعد معرفة أقسام الامر باليد فنقول و بالله التوفيق جعل الامر باليد لا يخلو اما أن يكون منجزا واما أن يكون معلقا بشرط واما أن يكون مضافا الى وقت والمنجز لا يخلو اما ان يكون مطلقا واما أن يكون مؤقتا فان كان مطلقا بان قال أمرك بيدك فشرط بقاء حكمه بقاء المجلس وهو مجلس علمها بالتفويض فما دامت فى مجلسها فالامر بيدها لان جعل الامر بيدها تمليك الطلاق منها لانه جعل أمرها فى الطلاق بيدها تتصرف فيه برأيها وتدبيرها كيف

شاءت بمشيئة الايثار وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئة الايثار والزوج يملك التطليق بنفسه فيملك تمليكه من غيره فصارت مالكة للطلاق بتمليك الزوج وجواب التمليك مقيد بالمجلس لان الزوج يملك الخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه فى المجلس فيتقيد جواب التمليك بالمجلس كما فى قبول البيع وغيره وسواء قصر المجلس أو طال لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة لان اعتبار المجلس للحاجة الى التأمل والتفكر وذلك يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال والاوقات ولا ضابط له الا المجلس فقدر بالمجلس ولهذا جعله الصحابة رضى الله عنهم للمخيرة فيبقى الامر فى يدها ما بقى المجلس فان قامت عن مجلسها بطل لان الزوج يطلب جواب التمليك فى المجلس والقيام عن المجلس دليل الاعراض عن جواب التمليك فكان ردا للتمليك دلالة ولان المالك لما طلب الجواب فى المجلس لا يملك الجواب فى غير المجلس لانه ما ملكها فى غيره وقد اختلف المجلس بالقيام فلم يكن فى بقاء الامر فائدة فيبطل وكذلك اذا وجد منها قول أو فعل يدل على اعراضها عن الجواب بان دعت بطعام لتأكل أو أمرت وكيلها بشئ أو خاطبت انسانا ببيع أو شراء أو كانت قائمة فركبت أو راكبة فانتقلت الى دابة أخرى أو واقفة فسارت أو امتشطت أو اغتسلت أو مكنت زوجها حتى وطئها أو اشتغلت بالنوم لان هذا كله دليل الاعراض عن الجواب وان كانت سائرة أو كانا فى محمل واحد فان أجابت على الفور والا بطل خيارها لان سير الدابة بتسيير الراكب وان كانت سائرة فوقفت الدابة فهى على خيارها وان كانت فى سفينة فسارت لا يبطل خيارها لان حكمها حكم البيت وكل ما يبطل به الخيار اذا كانت فى البيت يبطل به اذا كانت فى السفينة وما لا فلا ان كانت قائمة فقعدت لم يبطل خيارها بخلاف ما اذا كانت قاعدة فقامت لان القعود يجمع الرأى والقيام يفرقه فكان القعود دليل ارادة التأمل والقيام دليل ارادة الاعراض وكذلك ان كانت متكئة فقعدت لم يبطل خيارها لما قلنا فان كانت قاعدة فاتكأت ففيه روايتان فى رواية يبطل خيارها لان المتكئ يقعد ليجتمع رأيه فاما القاعد فلا يتكئ لذلك وفى رواية أخرى لا يبطل لان المتأمل ينتقل من الاتكاء الى القعود مرة ومن القعود الى الاتكاء أخرى وقد صار الامر بيدها بيقين فلا يخرج بالشك فلو كانت قاعدة فاضطجعت يبطل خيارها فى قول زفر وعن أبى يوسف روايتان روى الحسن بن زياد عنه انه لا يبطل خيارها وروى الحسن بن أبى مالك عنه انه يبطل كما قال زفر وان ابتدأت الصلاة بطل خيارها فرضا كانت الصلاة أو نفلا أو واجبة لان اشتغالها بالصلاة اعراض عن الجواب فان خيرها وهى فى الصلاة فأتمها فان كانت فى صلاة الفرض أو الواجب كالوتر لا يبطل خيارها حتى تخرج من الصلاة لانها مضطرة فى الاتمام لكونها ممنوعة من الافساد فلا يكون الاتمام دليل الاعراض وان كانت فى صلاة التطوع فان سلمت على رأس الركعتين فهى على خيارها وان زادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة فكانت الزيادة على الشفع بمنزلة الشروع فى الصلاة ابتداء ولو اخيرت وهى فى الاربع قبل الظهر فأتمت ولم تسلم على رأس الركعتين اختلف فيه المشايخ قال بعضهم يبطل خيارها كما فى التطوع المطلق وقال بعضهم لا يبطل وهو الصحيح لانها فى معنى الواجب فكانت من أولها الى آخرها صلاة واحدة ولو اخذ الزوج بيدها فأقامها بطل خيارها لانها ان قدرت على الامتناع فلم تمتنع فقد قامت باختيارها وهو دليل الاعراض وان لم تقدر على ان تمتنع تقدر على ان تقول قبل الاقامة اخترت نفسى فلما لم تقل فقد اعرضت عن الجواب فان اكلت طعاما يسيرا من غير ان تدعو بطعام أو شربت شرابا قليلا أو نامت قاعدة أو لبست ثوبا وهى قائمة أو لبست وهى قاعدة ولم تقم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى احضار الشهود فتحتاج الى اللبس لتستتر به فكان ذلك من ضرورات الخيار فلا يبطل به والاكل اليسير لا يدل على الاعراض وكذا النوم قاعدة من غير ان تشتغل به وكذا اذا سبحت أو قرأت شيأ قليلا لم يبطل خيارها لان التسبيح اليسير والقراءة القليلة لا يدلان على الاعراض ولان الانسان لا يخلو عن التسبيح القليل والقراءة القليلة فلو جعل ذلك مبطلا للخيار لانسد باب التفويض وان طال ذلك بطل الخيار لان الطويل منه يكون دليل الاعراض ولا يكثر

وجوده

وجوده فان قالت ادع لى شهودا أشهدهم لم يبطل خيارها لانها تحتاج الى ذلك صيانة لاختيارها عن الجحود فكان ذلك من ضرورات الخيار فلم يكن دليل الاعراض وكذلك اذا قالت ادع لى أبى أستشيره لان هذا أمر يحتاج الى المشورة وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد تخيير نسائه قال لعائشة رضى الله عنها انى أعرض عليك أمرا فلا تعجلى حتى تستشيرى أبويك ولو كانت المشورة مبطلة للخيار لما ندبها الى المشورة ولو قالت اخترتك أو قالت لا أختار الطلاق خرج الامر من يدها لانها صرحت برد التمليك وانه يبطل بدلالة الرد فبالصريح أولى وسواء كانت التمليك بكلمة كلما أو بدونها بان قال لها أمرك بيدك كلما شئت لما ذكرنا ان اختيارها زوجها رد للتمليك فيرتد ما جعل اليها فى جميع الاوقات هذا اذا كان التفويض مطلقا عن الوقت فاما اذا كان موقتا فان أطلق الوقت بان قال أمرك بيدك اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى ما شئت أو حيثما شئت فلها الخيار فى المجلس وغير المجلس ولا يتقيد بالمجلس حتى لو ردت الامر لم يكن ردا ولو قامت من مجلسها أو أخذت فى عمل آخر أو كلام آخر فلها أن تطلق نفسها لانه ما ملكها الطلاق مطلقا ليكون طالبا جوابها فى المجلس بل ملكها فى أى وقت شاءت فلها ان تطلق نفسها فى أى وقت شاءت الا انها لا تملك أن تطلق نفسها الا مرة واحدة لما نذكر فان وقته بوقت خاص بان قال أمرك بيدك يوما أو شهرا أو سنة أو قال اليوم أو الشهر أو السنة أو قال هذا اليوم أو هذا الشهر أو هذه السنة لا يتقيد بالمجلس ولها الامر فى الوقت كله تختار نفسها فيما شاءت منه ولو قامت من مجلسها أو تشاغلت بغير الجواب لا يبطل خيارها ما بقى الوقت بلا خلاف لانه فوض الامر اليها فى جميع الوقت المذكور فيبقى ما بقى الوقت ولانه لو بطل الامر باعراضها لم يكن للتوقيت فائدة وكان الوقت وغير الوقت سواء غير انه ان ذكر اليوم أو الشهر أو السنة منكرا فلها الامر من الساعة التى تكلم فيها الى مثلها من الغد والشهر والسنة لان ذلك يقع على يوم تام وشهر تام وسنة تامة ولا يتم الا بما قلنا ويكون الشهر ههنا بالايام لان التفويض اذا وجد فى بعض الشهر لا يمكن اعتبار الاهلة فيعتبر بالايام وان ذكر ذلك معرفا فلها الخيار فى بقية اليوم وفى بقية الشهر وفى بقية السنة لان المعرف منه يقع على الباقى ويعتبر الشهر ههنا بالهلال لان الاصل فى الشهر هو الهلال والعدول عنه الى غيره لمكان الضرورة ولا ضرورة ههنا ولو اختارت نفسها فى الوقت مرة ليس لها ان تختار مرة أخرى لان اللفظ يقتضى الوقت ولا يقتضى التكرار ولو قالت اخترت زوجى أو قالت لا أختار الطلاق ذكر فى بعض المواضع ان على قول أبى حنيفة ومحمد يخرج الامر من يدها فى جميع الوقت حتى لا تملك ان تختار نفسها بعد ذلك وان بقى الوقت وعند أبى يوسف يبطل خيارها فى ذلك المجلس ولا يبطل فى مجلس آخر وذكر فى بعضها الاختلاف على العكس من ذلك وجه قول من قال انه لا يخرج الامر من يدها انه جعل الامر بيدها فى جميع الوقت فاعراضها فى بعض الوقت لا يبطل خيارها فى الجميع كما اذا قامت من مجلسها أو اشتغلت بأمر يدل على الاعراض وجه قول من يقول انه يخرج الامر من يدها ان قولها اخترت زوجى رد للتمليك والتمليك تمليك واحد فيبطل برد واحد كتمليك البيع بخلاف القيام عن المجلس لانه ليس برد حقيقة بل هو امتناع من الجواب الا انه جعل ردا فى التفويض المطلق من الوقت ضرورة ان الزوج طلب الجواب فى المجلس والمجلس يبطل بالقيام فلو بقى الامر بقى خاليا عن الفائدة فيبطل ضرورة عدم الفائدة فى البقاء وهذه الضرورة منعدمة ههنا لان الزوج طلب منها الجواب فى جميع الوقت لا فى المجلس فكان فى بقاء الامر بعد القيام عن المجلس فائدة فيبقى ولان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها وبين ان تختار زوجها ولو اختارت نفسها يبطل خيارها فى جميع المدة فكذا اذا اختارت زوجها وروى ابن سماعة عن أبى يوسف انه اذا قال أمرك بيدك هذا اليوم كان على مجلسها لان فى الفصل الاول جعل اليوم كله ظرفا للامر باليد كما لو قال لله على ان اصوم عمرى انه يلزمه صوم جميع عمره لانه جعل عمره ظرفا للصوم فاذا صار اليوم كله ظرفا للامر باليد فلا يتقيد بالمجلس وفى الفصل الثانى جعل جزأ من اليوم ظرفا كما لو قال لله على ان اصوم فى عمرى انه لا يلزمه الا صوم يوم واحد لانه جعل جزأ من عمره ظرفا للصوم واذا صار جزأ من اليوم ظرفا للامر وليس جزء أولى من جزء فيختص

بالمجلس ولو قال أمرك بيدك الى رأس الشهر صار الامر بيدها الى رأس الشهر ولا يبطل بالقيام عن المجلس والاشتغال بترك الجواب وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على الاختلاف الذى ذكرنا وأما التفويض المعلق بشرط فلا يخلو من احد وجهين اما ان يكون مطلقا عن الوقت واما ان يكون مؤقتا فان كان مطلقا بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك فقدم فلان فالامر بيدها اذا علمت فى مجلسها الذى يقدم فيه فلان لان المعلق بشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قائلا عند القدوم أمرك بيدك فاذا علمت بالقدوم كان لها الخيار فى مجلس علمها وان موقتا بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك يوما أو قال اليوم الذى يقدم فيه فلان فاذا قدم فلها الخيار فى ذلك الوقت كله اذا علمت بالقدوم غير انه اذا ذكر اليوم منكرا يقع على يوم تام بان قال اذا قدم فلان فأمرك بيدك يوما وان عرفه يقع على بقية اليوم الذى يقدم فيه ولا يبطل بالقيام عن المجلس وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما ذكرنا من الاختلاف وليس لها ان تختار نفسها فى الوقت كله الا مرة واحدة لما بينا ولو لم تعلم بقدومه حتى مضى الوقت ثم علمت فلا خيار لها بهذا التفويض أبدا لما مر وأما المضاف الى الوقت بان قال أمرك بيدك غدا أو رأس شهر كذا فجاء الوقت صار الامر بيدها لان الطلاق يحتمل الاضافة الى الوقت فكذا تمليكه وكان على مجلسها من أول الغد ورأس الشهر وأول الغد من حين يطلع الفجر الثانى ورأس الشهر ليلة الهلال ويومها وان قال أمرك بيدك اذا هل الشهر يصير الامر بيدها ساعة يهل الهلال ويتقيد بالمجلس ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا أو قال أمرك بيدك هذين اليومين فلها الامر فى اليومين تختار نفسها فى أيهما شاءت ولا يبطل بالقيام عن المجلس ما بقى شئ من الوقتين وهل يبطل باختيارها زوجها فهو على ما مر من الاختلاف ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد فاختارت زوجها اليوم فلها ان تختار نفسها بعد غد وكذلك اذا ردت الامر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الامر بيدها بعد غد حتى كان لها أن تختار نفسها بعد غد ذكر القدورى هذه المسئلة ونسب القول الى أبى حنيفة وأبى يوسف وذكرها فى الجامع الصغير ولم يذكر الاختلاف والوجه انه جعل الامر بيدها فى وقتين وجعل بينهما وقتا لا خيار لها فيه فصار كل واحد من الوقتين شيئا منفصلا عن صاحبه مستقلا بنفسه فى الامر مفردا به فيتعدد التفويض معنى كانه قال أمرك بيدك اليوم وامرك بيدك بعد غد فرد الامر فى احدهما لا يكون ردا فى الآخر بخلاف قوله أمرك بيدك اليوم أو الشهر أو السنة أو اليوم أو غدا أو هذين اليومين على قول من يقول يبطل الامر لان هناك الزمان زمان واحد لا يتخلله ما لا خيار لها فيه فكان التفويض واحدا فرد الامر فيه يبطله ولو قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا فهما أمران حتى لو اختارت زوجها اليوم أو ردت الامر فهو على خيارها غدا لانه لما كرر اللفظ فقد تعدد التفويض فرد احدهما لا يكون ردا للآخر ولو اختارت نفسها فى اليوم فطلقت ثم تزوجها قبل مجىء الغد فارادت ان تختار فلها ذلك وتطلق أخرى اذا اختارت نفسها لانه ملكها بكل واحد من التفويضين طلاقا فالايقاع باحدهما لا يمنع من الايقاع بالآخر ولو قال لها أمرك بيدك هذه السنة فاختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها أن تختار فى بقية السنة فى قول أبى يوسف وقال أبو يوسف وقياس قول أبى حنيفة أن يلزمها الطلاق فى الخيار الثانى ولست أروى هذا عنه ولكن هذا قياس قوله ولو كان ترك القياس واستحسن لكان مستقيما ولو لم تختر نفسها ولا زوجها ولكن الزوج طلقها واحدة ولم يكن دخل بها ثم تزوجها فى تلك السنة فلا خيار لها فى بقية السنة فى قول أبى يوسف وعند أبى حنيفة لها الخيار (وجه) قول أبى يوسف ان الزوج تصرف فيما فوض اليها فيخرج الامر من يدها كالموكل اذا باع ما وكل ببيعه انه ينعزل الوكيل ولابى حنيفة ان جعل الامر باليد فيه معنى التعليق فزوال الملك لا يبطله ما دام طلاق الملك الاول قائما كما فى سائر التعليقات وقوله الزوج تصرف فيما فوض اليها ليس كذلك لانه يملك ثلاث تطليقات ولم يفوض اليها الا واحدة فيقتضى خروج المفوض من يده لا غير كما اذا وكل انسانا بيع ثوبين له فباع الموكل احدهما لم تبطل الوكالة لما قلنا كذا هذا (وأما) بيان صفة الحكم الثابت بالتفويض فمن صفته أنه غير لازم فى حق المرأة حتى تملك رده صريحا أو

دلالة لما ذكرنا ان جعل الامر بيدها تخيير لها بين ان تختار نفسها وبين أن تختار زوجها والتخيير ينافى اللزوم ومن
صفته انه اذا خرج الامر من يدها لا يعود الامر الى يدها بذلك الجعل أبدا وليس لها أن تختار الا مرة واحدة لان قوله
أمرك بيدك لا يقتضى التكرار الا اذا قرن به ما يقتضى التكرار بأن قال أمرك بيدك كلما شئت فيصير الامر
بيدها فى ذلك وغيره ولها ان تطلق نفسها فى كل مجلس تطليقة واحدة حتى تبين بثلاث لان كلمة كلما تقتضى تكرار
الافعال قال الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها وقال كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله
فيقتضى تكرار التمليك عند تكرار المشيئة الا أنها لا تملك أن تطلق نفسها فى كل مجلس الا تطليقة واحدة لانه يصير
قائلا لها فى كل مجلس أمرك بيدك فاذا اختارت فقد انتهى موجب ذلك التمليك ثم يتجدد لها الملك بتمليك آخر فى
مجلس آخر عند مشيئة أخرى الى أن يستوفى ثلاث تطليقات فان بانت بثلاث تطليقات ثم تزوجت بزوج آخر
وعادت الى الزوج الاول فلا خيار لها لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج والزوج انما ملكها ما كان يملك بنفسه
وهو انما كان يملك بنفسه طلقات ذلك الملك القائم لا طلقات ملك لم يوجد فما لا يملك بنفسه كيف يملكه غيره وان بانت
بواحدة أو اثنتين ثم تزوجت بزوج آخر ثم عادت فلها أن تشاء الطلاق مرة بعد أخرى حتى تستوفى الثلاث فى قول
أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله وهو قول الشافعى بناء على أن الزوج الثانى يهدم ما دون الثلاث من التطليقات
وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم بخلاف ما اذا قال لها أمرك بيدك اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت أن
لها الخيار فى المجلس أو غيره لكنها لا تملك أن تختار الا مرة واحدة فاذا اختارت مرة لا يتكرر لها الخيار فى ذلك لان
اذا ومتى لا تفيد التكرار وانما تفيد مطلق الوقت كأنه قال لها اختيارى فى أى وقت شئت فكان لها الخيار فى المجلس
وغيره لكن مرة واحدة فاذا اختارت مرة واحدة انتهى موجب التفويض بخلاف الفصل الاول لان كلما يقتضى
تكرار الافعال فيتكرر التفويض عند تكرار المشيئة والله أعلم وأما بيان ما يصلح جواب جعل الامر باليد من الالفاظ
وما لا يصلح وبيان حكمه اذا وجد فالاصل فيه أن كل ما يصلح من الالفاظ طلاقا من الزوج يصلح جوابا من المرأة
وما لا فلا الا فى لفظ الاختيار خاصة فانه لا يصلح طلاقا من الزوج ويصلح جوابا من المرأة فى الجملة بخلاف الاصل
لان التفويض من الزوج تمليك الطلاق منها فما يملكه بنفسه يملك تمليكه من غيره وما لا فلا هو الاصل اذا عرف هذا
فنقول اذا قالت طلقت نفسى أو أبنت نفسى أو حرمت نفسى يكون جوابا لان الزوج لو أتى بهذه الالفاظ كان طلاقا
وكذا اذا قالت أنا منك بائن أو أنا عليك حرام لان الزوج لو قال لها أنت منى بائن أو أنت على حرام كان طلاقا وكذا
اذا قالت لزوجها أنت منى بائن أو أنت على حرام لان الزوج لو قال لها ذلك كان طلاقا ولو قالت أنا بائن ولم تقل منك أو
قالت أنا حرام ولم تقل عليك فهو جواب لان الزوج لو قال لها أنت بائن أو أنت حرام ولم يقل منى وعلى كان طلاقا ولو
قالت لزوجها أنت بائن ولم تقل منى أو قالت لزوجها أنت حرام ولم تقل على فهو باطل لان الزوج لو قال لها أنا بائن أو
أنا حرام لم يكن طلاقا ولو قالت أنا منك طالق فهو جواب لانه لو قال لها أنت طالق منى كان طلاقا وكذا لو قالت لزوجها
أنا طالق ولم تقل منك لان الزوج لو قال أنت طالق ولم يقل منى كان طلاقا ولو قالت لزوجها أنت منى طالق لم يكن جوابا
لان الزوج لو قال لها أنا منك طالق لم يكن طلاقا عندنا خلافا للشافعى ولو قالت اخترت نفسى كان جوابا وان لم يكن هذا
اللفظ من الزوج طلاقا وانه حكم ثبت شرعا بخلاف القياس بالنص واجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما نذكر ان
شاء الله تعالى وأما الواقع بهذه الالفاظ التى تصلح جوابا فطلاق واحد بائن عندنا ان كان التفويض مطلقا عن قرينة
الطلاق بان قال لها أمرك بيدك ولم ينو الثلاث اما وقوع الطلقة الواحدة فلانه ليس فى التفويض ما ينبئ عن العدد
وأما كونها بائنة فلأن هذه الالفاظ جواب الكناية والكنايات على أصلنا مبنيات ولان قوله أمرك بيدك جعل
أمرها نفسها بيدها فتصير عند اختيارها نفسها مالكة نفسها وانما تصير مالكة نفسها بالبائن لا بالرجعى وان قرن به ذكر
الطلاق بان قال أمرك بيدك فى تطليقة فاختارت نفسها فهى واحدة يملك الرجعة لانه فوض اليها الصريح حيث

نص عليه و به تبين أنه ماملكها نفسها وانما ملكها التطليقة وخيرها بين الفعل والترك عرفنا ذلك بنص كلامه بخلاف ما اذا أطلق لانه لما أطلق فقد ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالبائن ولو قال امرك بيدك ونوى الثلاث فطلقت نفسها ثلاثا كان ثلاثا لانه جعل أمرها بيدها مطلقا فيحتمل الواحد و يحتمل الثلاث فاذا نوى الثلاث فقد نوى ما يحتمله مطلق الامر فصحت نيته وان نوى اثنتين فهى واحدة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم وكذا اذا قالت طلقت نفسي أو اخترت نفسي ولم تذكر الثلاث فهى ثلاث لانه جواب تفويض الثلاث فيكون ثلاثا وكذا اذا قالت ابنت نفسي أو حرمت نفسي وغير ذلك من الالفاظ التى تصلح جوابا ولو قالت طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهى واحدة بائنة لانه لما نوى ثلاثا فقد فوض اليها الثلاث وهى أتت بالواحدة فيقع واحدة كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فتكون بائنة لانه ملكها نفسها ولا تملك نفسها الا بالبائن ولو قالت اخترت نفسي بواحدة فهو ثلاث فرقا بينه و بين قولها طلقت نفسي واحدة وجه الفرق أن معنى قولها بواحدة أى بمرة واحدة وهى عبارة عن توحد فعل الاختيار على وجه لا يحتاج بعده الى اختيار آخر وانقطاع العلقة بينهما بالكلية بحيث لا يبقى بينهما أمر بعد ذلك وذلك انما يكون بالثلاث بخلاف قولها طلقت نفسي واحدة لانها جعلت التوحد هناك صفة المختار وهو الطلاق لا صفة فعل الاختيار فهو الفرق بين الفصلين والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما قوله اختارى فالكلام فيه يقع فيما ذكرنا من المواضع فى الامر باليد والجواب فيه كالجواب فى الامر باليد فى جميع ما وصفنا لان كل واحدة منهما تمليك الطلاق من المرأة وتخييرها بين أن تختار نفسها أو زوجها لا يختلفان الا فى شيئين احدهما أن الزوج اذا نوى الثلاث فى قوله أمرك بيدك يصح وفى قوله اختارى لا يصح نية الثلاث والثانى ان فى اختارى لا بد من ذكر النفس فى أحد الكلامين اما فى تفويض الزوج واما فى جواب المرأة بان يقول لها اختارى نفسك وتقول اخترت أو يقول لها اختارى فتقول اخترت نفسي أو ذكر الطلاق فى كلام الزوج أو فى كلام المرأة بان يقول لها اختارى فتقول اخترت الطلاق أو ذكر ما يدل على الطلاق وهو تكرار التخيير من الزوج بان يقول لها اختارى اختارى فتقول اخترت أو ذكر الاختيارة فى كلام الزوج أو فى كلام المرأة بان يقول لها الزوج اختارى اختيارة فتقول المرأة اخترت اختيارة وانما كان كذلك لان القياس فى قوله اختارى أن لا يقع به شىء وان اختارت لانه ليس من الفاظ الطلاق لغة ألا ترى ان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ فان من قال لامرأته اخترت نفسي لا تطلق فاذا لم يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكيف يملك تفويضه الى غيره الا أنه جعل من الفاظ الطلاق شرعا بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها النبى قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا و زينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الى قوله أجرا عظيما أمر الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بين اختيار الفراق والبقاء على النكاح والنبى صلى الله عليه وسلم خيرهن على ذلك ولو لم تقع الفرقة به لم يكن للامر بالتخيير معنى و روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى فقال يا عائشة انى ذاكر لك أمرا فلا عليك أن تعجلى حتى تستأمرى أبويك قالت وقد علم الله تعالى ان أبوى لم يكونا ليأمرانى بفراقه قالت فقرأ يا أيها النبى قل لازواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا و زينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا الى قوله أجرا عظيما فقلت أفى هذا أستأمر أبوى فانى أريد الله ورسوله والدار الآخرة وفى بعض الروايات فقالت بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة وفعل سائر أزواجه مثل ما فعلت فدل انه يوجب اختيار التفريق والبقاء على النكاح وأما الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة مثل عمر وعثمان وعلى وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وجابر وعائشة رضى الله عنهم ان المخيرة اذا اختارت نفسها فى مجلسها وقع الطلاق وكذا شبهوا أيضا هذا الخيار بالخيارات الطارئة على النكاح وهو خيار المعتقة وامرأة العنين وتقع الفرقة بذلك الخيار فكذا بهذا وكذا اختلفوا فى كيفية الواقع على ما نذكر وذلك دليل أصل الوقوع اذ الكيفية من باب الصفة والصفة تستدعى

وجود

وجود الموصوف فثبت كون هذا اللفظ من الفاظ الطلاق بالشرع فيتبع مورد الشرع والشرع ورد به مع قرينة الفراق نصا أو دلالة أو قرينة النفس فان اختيار الفراق مضمر فى قوله تعالى ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها بدليل ما يقابله وهو قوله وان كنتن تردن الله ورسوله فدل على اضمار اختيار الفراق كأنه قال ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان ذلك تخييرا لهن بين ان يخترن الحياة الدنيا وزينتها مع اختيار فراق رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين ان يخترن الله ورسوله والدار الآخرة فكن مختارات للطلاق لو اخترن الدنيا أو كان اختيارهن الدنيا وزينتها اختيار الفراق رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ لم يكن معه الدنيا وزينتها والصحابة رضى الله عنهم جعلوا للمخيرة المجلس وقالوا اذا اختارت نفسها فى مجلسها وقع الطلاق عليها فهذا مورد الشرع فى هذا اللفظ فيقتصر حكمه على مورد الشرع فاذا قال لها اختارى فقالت اخترت لا يقع به شىء لانه ليس فى معنى مورد الشرع فيبقى الامر فيه على أصل القياس فلا يصلح جوابا ولان قوله اختارى معناه اختارى اياى أو نفسك فاذا قالت اخترت فلم تأت بالجواب لانها لم تختر نفسها ولا زوجها لم يقع فيه شىء واذا قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت فهذا جواب لانها أخرجته مخرج الجواب كقوله اختارى نفسك فينصرف اليها كانها قالت اخترت نفسى وكذا اذا قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى لما ذكرنا ان معنى قوله اختارى أى اختارى اياى أو نفسك وقد اختارت نفسها فقد أتت بالجواب وكذا لو قالت أختار نفسى يكون جوابا استحسانا والقياس ان لا يكون جوابا لان قولها أختار يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال فلا يكون جوابا مع الاحتمال وجه الاستحسان ان صيغة أفعل موضوعة للحال وانما تستعمل للاستقبال بقرينة السين وسوف على ما عرف فى موضعه وكذا اذا قال اختارى اختارى فقالت اخترت فيكون جوابا وان لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعا لان تكرار الاختيار دليل ارادة اختيار الطلاق لانه هو الذى يقبل التعدد كانه قال اختارى الطلاق فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال اختارى اختيارة فقالت اخترت اختيارة فهو جواب لان قوله اختيارة يفيد معنيين أحدهما تأكيد الامر والثانى معنى التوحد والتفرد فالتقييد بما يوجب التفرد يدل على انه أراد به التخيير فيما يقبل التعدد وهو الطلاق واذا قال لها اختارى الطلاق فقالت اخترت فهو جواب لانه فوض اليها اختيار الطلاق نصا فينصرف الجواب اليه وكذا اذا قال لها اختارى فقالت اخترت الطلاق لان معنى قوله اختارى أى اختارى اياى أو نفسك فاذا قالت اخترت الطلاق فقد اختارت نفسها فكان جوابا ولو قال لها اختارى فقالت اخترت أبى وأمى أو أهلى والازواج فالقياس ان لا يكون جوابا ولا يقع به شىء وفى الاستحسان يكون جوابا وجه القياس انه ليس فى لفظ الزوج ولا فى لفظ المرأة ما يدل على اختيارها نفسها فلا يصلح جوابا وجه الاستحسان ان فى لفظها ما يدل على الطلاق لان المرأة بعد الطلاق تلحق بابويها وأهلها وتختار الازواج عادة فكان اختيارها هؤلاء دلالة على اختيارها الطلاق فكانها قالت اخترت الطلاق ( وأما ) الواقع بهذه الالفاظ فان كان التخيير واحدا أو لم يذكر الثلاث فى التخيير فلا يقع الا طلاق واحد وان نوى الثلاث فى التخيير ويكون بائنا عندنا ان كان التفويض مطلقا عن قرينة الطلاق وقال الشافعى اذا أراد الزوج بالتخيير الطلاق فاختارت نفسها ونوت الطلاق يقع واحدة رجعية وهذا مذهبه فى الامر باليد أيضا وقد اختلفت الصحابة رضى الله عنهم فيمن خير امرأته فاختارت زوجها أو اختارت نفسها قال بعضهم ان اختارت زوجها لا يقع شىء وهو قول عمر وعبد الله بن مسعود وأبى الدرداء وزيد بن ثابت رضى الله عنهم وروى عن على رضى الله عنه انها اذا اختارت زوجها يقع تطليقة رجعية والترجيح لقول الاولين لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعد ذلك طلاقا وعن مسروق عن عائشة رضى الله عنها انها سئلت عن الرجل يخير امرأته يكون طلاقا فقالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان طلاقا ولان التخيير اثبات الخيار فى الفراق والبقاء على النكاح واختيارها زوجها دليل الاعراض عن ترك النكاح والاعراض عن

ترك النكاح استبقاء النكاح فكيف يكون طلاقا ولو اختارت نفسها قال بعضهم هي واحدة بائنة وهو احدى الروايتين عن علي وقال بعضهم هي واحدة رجعية وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه اذا اختارت نفسها فهو ثلاث والترجيح لقول من يقول يقع بائنا لا رجعيا ولا ثلاثا أما وقوع البائن فلان الزوج خيرها بين ان تختار نفسها لنفسها او بين ان تختار نفسها لزوجها فاذا اختارت نفسها لنفسها لو كان الواقع رجعيا لم يكن اختيارها نفسها لنفسها بل لزوجها اذ لزوجها ان يراجعها شاءت أو أبت وأما عدم وقوع الثلاث وان وجدت نية الثلاث في التخيير فلماذ كرنا ان القياس ان لا يقع بالاختيار شيء لانه ليس من ألفاظ الطلاق وانما جعل طلاقا بالشرع ضرورة صحة التخيير وحق الضرورة يصير مقضيا بالواحدة البائنة وان كان التفويض مقرونا بذكر الطلاق بان قال لها اختاري الطلاق فقالت اخترت الطلاق فهي واحدة رجعية لانه لما صرح بالطلاق فقد خيرها بين نفسها بتطليقة رجعية و بين رد التطليقة كما في قوله أمرك بيدك فان ذكر الثلاث في التخيير بان قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت يقع الثلاث لان التنصيص على الثلاث دليل ارادة اختيار الطلاق لانه هو الذي يتعدد فقولها اخترت ينصرف اليه فيقع الثلاث ولو كرر التخيير بان قال لها اختاري اختاري ونوى بكل واحد منهما الطلاق فقالت اخترت يقع ثنتان لان كل واحدة منهما تخيير تام بنفسه لوجود ركنه وشرطه وهو النية والثاني لا يصلح تفسيرا للاول لان الشيء لا يفسر بنفسه ولا يصلح جوابا أيضا ولا علة ولا حكما للاول فيكون كلاما مبتدأ والتكرار دليل ارادة الطلاق فقولها اخترت يكون جوابا لهما جميعا والواقع بكل واحد منهما طلاق بائن فيقع تطليقتان بائنتان وكذلك اذا ذكر الثاني بحرف الصلة بان قال لها اختاري واختاري أو قال اختاري فاختاري لان الواو والفاء من حروف العطف الا ان الفاء قد تذكر في موضع العلة وقد تذكر في موضع الحكم كما يقال ابشر فقد أتاك الغوث ويقال قد أتاك الغوث فابشر لكن ههنا لا تصلح علة ولا حكما فتكون للعطف والمعطوف غير المعطوف عليه هو الاصل ولو قال لها اختاري اختاري اختاري أو قال اختاري واختاري واختاري أو قال اختاري فاختاري فاختاري فقالت اخترت فهي ثلاث لما قلنا ولو قال لها اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهو ثلاث في قول أبي حنيفة وعندهما يقع واحدة وجه قولهما انها ما أوقعت الا الواحدة فلا يقع الا الواحدة لان الوقوع باختيارها ولم يوجد منها الا اختيار واحدة فلا تقع به الزيادة على الواحدة كما لو قال لها اختاري ثلاثا فقالت اخترت واحدة ولابي حنيفة ان الزوج ملكها الثلاث جملة والثلاث جملة ليس فيها أولى ولا وسطى ولا أخيرة فقولها اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة يكون لغوا فيبطل تعيينها ويبقى قولها اخترت وانه يصلح جواب الكل وعلى هذا الخلاف اذا قال لها اختاري واختاري واختاري أو قال لها اختاري فاختاري فاختاري فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة ولو قال لها اختاري اختاري اختاري أو ذكر التخيير بحرف الواو أو بحرف الفاء فقالت قد اخترت اختيارة فهو ثلاث في قولهم جميعا لان معناه اخترت الكل مرة فيقع الثلاث وان لم يوجد ذكر النفس من الجانبين جميعا لما ذكرنا ان التكرار من الزوج دليل ارادة اختيار الطلاق وكذا اذا قالت اخترت الاختيارة أو قالت اخترت مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة فهو ثلاث لما قلنا ولو قالت قد طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة فهي واحدة بائنة لما ذكرنا في الامر باليد ولو قال لها اختاري اختاري بالف درهم فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فهو ثلاث وعليها ألف درهم في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد لا يقع الا واحدة غير انها ان اختارت نفسها بالاخيرة كانت تطليقة واحدة وعليها ألف درهم وان اختارت نفسها بالاولى أو بالوسطى كانت واحدة ولا شيء عليها والاصل عند أبي حنيفة ان تعيين الاولى أو الوسطى أو الاخيرة لغو لانه ملكها الثلاث جملة والثلاث المملكة جملة ليس لها أولى ولا وسطى ولا أخيرة فكان التعيين ههنا لغوا فيبطل التعيين ويبقى قولها اخترت ولو قالت اخترت طلقت ثلاثا وعليها الالف كذا

هذا والاصل عندهما ان اختيار الاولى أو الوسطى أو الاخيرة صحيح ولا يقع الا واحدة غير انهما يقولان لا يلزمها الالف الا اذا اختارت الاخيرة لان كل واحد من التخييرات تخيير على حدة لانه كلام تام بنفسه ولم يذكر معه حرف الجمع فيجعل الكل كلاما واحدا فبقى كل واحد منهما تخييرا تاما بنفسه فيعطى لكل واحد منهما حكم نفسه والبدل لم يذكر الا فى التخيير الاخير فلا يجب الا باختيار الاخيرة ولو ذكر حرف الواو أو حرف الفاء فقال اختارى واختارى واختارى بألف درهم أو قال اختارى فاختارى فاختارى بألف درهم فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة فعند أبى حنيفة لا يختلف الجواب فتطلق ثلاثا وعليها ألف درهم لما ذكرنا وعندهما لا يقع الطلاق فى هذه الصورة لانه لما جمع بين التخييرات الثلاث بحرف الجمع جعل الكل كلاما واحدا وقد أمرها أن تحرم نفسها عليه بألف درهم فلا تملك التحريم بأقل من ذلك كما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا بألف درهم فطلقت نفسها واحدة انه لا يقع شئ لما قلنا كذا هذا والله أعلم بالصواب

﴿ فصل ﴾ وأما قوله أنت طالق ان شئت فهو مثل قوله اختارى فى جميع ما وصفنا لأن كل واحد منهما تمليك الطلاق الا ان الطلاق ههنا رجعى وهناك بائن لان المفوض ههنا صريح وهناك كناية وكذا اذا قال لها أنت طالق ان أحببت أو رضيت أو هويت أو أردت لانه علق الطلاق بفعل من أفعال القلب فكان مثل قوله ان شئت وكذا اذا قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت أو أينما شئت أو حيثما شئت فهو مثل قوله ان شئت لان حيث وأين اسم مكان وما صلة فيهما ولا تعلق للطلاق بالمكان فيلغو ذكرهما لعدم الفائدة ويبقى ذكر المشيئة فصار كانه قال لها أنت طالق ان شئت وكذا اذا قال لها أنت طالق كم شئت أو ما شئت غير ان لها ان تطلق نفسها فى المجلس ما شاءت واحدة أو ثنتين أو ثلاثا لان كلمة كم للقدر وقدر الطلاق هو العدد والعدد هو الواقع وكذا كلمة ما فى مثل هذا الموضع تذكر لبيان القدر يقال كل من طعامى ما شئت أى القدر الذى شئت ولو قال لها أنت طالق اذا شئت أو اذا ما شئت أو متى شئت أو متى ما شئت فلها ان تطلق نفسها فى أى وقت شاءت فى المجلس أو بعده وبعد القيام عنه لما مر وليس لها أن تطلق نفسها الا واحدة لانه ليس فى هذه الالفاظ ما يدل على التكرار على ما مر بخلاف قوله أنت طالق كلما شئت فان لها أن تطلق نفسها مرة بعد أخرى حتى تطلق نفسها ثلاثا لان المعلق بالمشيئة وان كان واحدا وهو الثابت مقتضى قوله أنت طالق وهو الطلاق لكنه علق المشيئة بكلمة كلما وانها تقتضى تكرار الافعال فيتكرر المعلق بتكرر الشرط واذا وقع الثلاث عند المشيئات المتكررة يبطل التعليق عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول فطلقت نفسها لا يقع شئ وليس لها ان تطلق نفسها ثلاثا فى كلمة واحدة لما ذكرنا فيما تقدم ولان المعلق بكل مشيئة والمفوض اليها تطليقة واحدة وهى الثابتة مقتضى قوله أنت طالق فلا تملك الثلاث ولو قال أنت طالق كيف شئت طلقت للحال تطليقة واحدة بقوله أنت طالق فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يقع عليها شئ مالم تشأ والحاصل ان عند أبى حنيفة فى قوله أنت طالق كيف شئت لا يتعلق أصل الطلاق بالمشيئة بل المعلق بالمشيئة صفة الواقع وتتقيد مشيئتها بالمجلس وعندهما تتعلق بالاصل والوصف بالمشيئة وتتقيد مشيئتها بالمجلس وجه قولهما ان الكيفية من باب الصفة وقد علق الوصف بالمشيئة وتعليق الوصف بالمشيئة تعليق الاصل بالمشيئة لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف واذا تعلق أصل الطلاق بالمشيئة لا ينزل مالم توجد المشيئة ولابى حنيفة ان الزوج بقوله أنت طالق كيف شئت أوقع أصل الطلاق للحال وفوض تكييف الواقع الى مشيئتها لان الكيفية للموجود لا للمعدوم اذ المعدوم لا يحتمل الكيفية فلا بد من وجود أصل الطلاق لتتخير هى فى الكيفية ولهذا قال بعض المحققين فى تعليل المسئلة لابى حنيفة ان الزوج كيف المعدوم والمعدوم لا يكيف فلا بد من الوجود ومن ضرورة الوجود الوقوع ثم اذا شاءت فى مجلسها فان لم ينو الزوج البينونة ولا الثلاث فشاءت واحدة بائنة أو ثلاثا كان ما شاءت لان الزوج فوض الكيفية اليها فان نوى الزوج البينونة أو الثلاث فاذا وافقت مشيئتها نية

الزوج بان قالت فى مجلسها شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهى واحدة بائنة أو ثلاث لان الزوج لو لم تكن منه نية فقالت شئت واحدة بائنة أو ثلاثا كان الواقع ما شاءت فاذا وافقت مشيئتها نية الزوج أولى وان خالفت مشيئتها نية الزوج بان قالت شئت ثلاثا وقال الزوج نويت واحدة لا يقع بهذه المشيئة شىء آخر فى قول أبى حنيفة سوى تلك الواحدة الواقعة بقوله أنت طالق الا اذا قالت شئت واحدة ثانية فتصير تلك الطلقة ثانية لما قلنا وعندهما يقع واحدة بمشيئتها بناء على أن المذهب عند أبى حنيفة أنه اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لا يقع شىء وعندهما يقع واحدة وسنذكر أصل المسئلة فى موضعها ان شاء الله تعالى ولو قالت شئت واحدة وقال الزوج نويت الثلاث لا يقع بهذه المشيئة شىء فى قولهم جميعا لان المذهب عندهم أنه اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة لا يقع شىء لما نذكر فى الفصل الذى يليه الا ان عند أبى حنيفة قد وقعت طلقة واحدة بقوله أنت طالق حال وجوده وان لم تشأ المرأة شيئا حتى قامت من مجلسها ولا نية للزوج أو نوى واحدة فهى واحدة تملك الرجعة فى قول أبى حنيفة لانها أقل وهى متيقن بها وعندهما لا يقع شىء وان شاءت لخروج الامر عن يدها ولو قال لها أنت طالق ان شئت فقالت شئت ان كان كذا فان علقت بشىء موجود نحو ما اذا قالت ان كان هذا ليلا أو نهارا وان كان هذا أبى أو أمى أو زوجى ونحو ذلك يقع الطلاق لان هذا تعليق بشرط كائن والتعليق بشرط كائن تنجيز وان علقت بشىء غير موجود فقالت شئت ان شاء فلان يخرج الامر من يدها حتى لا يقع شىء وان شاء فلان لانه فوض اليها التنجيز وهى أتت بالتعليق والتنجيز غير التعليق لان التنجيز تطليق والتعليق يمين فلم تأت بما فوض اليها وأعرضت عنه لاشتغالها بغيره فيبطل التفويض ولو قال لها أنت طالق ان شاء فلان يتقيد بمجلس علم فلان فان شاء فى مجلس علمه وقع الطلاق وكذلك اذا كان غائبا وبلغه الخبر يقتصر على مجلس علمه لان هذا تمليك الطلاق فيتقيد بالمجلس بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان دخل فلان الدار أنه يقع الطلاق اذا وجد الشرط فى أى وقت وجد ولا يتقيد بالمجلس لان ذلك تعليق الطلاق بالشرط والتعليق لا يتقيد بالمجلس لان معناه ايقاع الطلاق فى زمان ما بعد الشرط فيقف الوقوع على وقت وجود الشرط ففى أى وقت وجد يقع والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما قوله طلقى نفسك فهو تمليك عندنا سواء قيده بالمشيئة أولا ويقتصر على المجلس كقوله أنت طالق ان شئت وعند الشافعى هو توكيل ولا يقتصر على المجلس قيده بالمشيئة أولم يقيده وأجمعوا على أن قوله لاجنبى طلق امرأتى توكيل ولا يتقيد بالمجلس وهو فصل التوكيل فان قيده بالمشيئة بان قال له طلق امرأتى ان شئت فهذا تمليك عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر هو توكيل فوقع الخلاف فى موضعين أما الكلام مع الشافعى فوجه قوله أنه لو أضاف الامر بالتطليق الى الاجنبى ولم يقيده بالمشيئة كان توكيلا بالاجماع فكذا اذا أضافه الى المرأة ولم يقيده بالمشيئة لانه لم يختلف الا الشخص والصيغة لا تختلف باختلاف الشخص وكذا اذا قيده بالمشيئة لان التقييد بالمشيئة والسكوت عنه بمنزلة واحدة لانها تطلق نفسها بمشيئتها واختيارها اذ هى غير مضطرة فى ذلك فكان ذكر المشيئة لغوا فكان ملحقا بالعدم فيبقى قوله طلقى نفسك وانه توكيل لما ذكرنا فلا يتقيد بالمجلس كما فى الاجنبى ولنا البيان ان قوله لامرأته طلقى نفسك تمليك وجوه ثلاثة أحدها ان المتصرف عن ملك هو الذى يتصرف برأيه وتدبيره واختياره والمرأة بهذه الصفة فكانت متصرفة عن ملك فكان تفويض التطليق اليها تمليكا بخلاف الاجنبى لان ثمة الرأى والتدبير للزوج والاختيار له فكان اضافة الامر اليه توكيلا لا تمليكا والثانى أن المتصرف عن ملك هو الذى يتصرف لنفسه والمتصرف عن توكيل هو الذى يتصرف لغيره والمرأة عاملة لنفسها لانها بالتطليق ترفع قيد الغير عن نفسها فكانت متصرفة عن ملك فأما الاجنبى فانه عامل لغيره لا لنفسه لان منفعة عمله عائدة الى غيره فكان متصرفا عن توكيل وأمر لا عن ملك والثالث أن قوله لامرأته طلقى نفسك لا يمكن ان يجعل توكيلا لان الانسان لا يصلح أن يكون وكيلا فى حق نفسه فلم يمكن ان يجعل وكيلة فى حق تطليق نفسها ويمكن ان يجعل مالكة للطلاق بتمليك الزوج فتعين حمله على

التمليك بخلاف الاجنبي لانه بالتطليق يتصرف في حق الغير والانسان يصلح وكيلا في حق غيره والله الموفق
وأما الكلام مع زفر فوجه قوله انه لو أطلق الكلام لكان توكيلا فكذا اذا قيده بالمشيئة لما مر أن التقييد فيه
والاطلاق على السواء لانه اذا طلق طلق عن مشيئة ولا محالة لكونه مختارا في التطليق غير مضطر فيه ولنا وجه الفرق
بين المطلق والمقيد وهو ان الاجنبي في المطلق فيتصرف برأي الغير وتدبيره ومشيئته فكان توكيلا لا تمليكا وأما في
المقيد فانما يتصرف عن رأي نفسه وتدبير نفسه ومشيئته وهذا معنى المالكية وهو التصرف عن مشيئته وهذا فرق
واضح بحمد الله تعالى (وأما) قوله التقييد بالمشيئة وعدمه سواء لانه متى طلق طلق عن مشيئة فممنوع انهما سواء
وانه متى طلق طلق عن مشيئة فان المشيئة تذكر ويراد بها اختيار الفعل وتركه وهو المعنى الذي ينفي الغلبة والاضطرار
وهو المعنى بقولنا المعاصي بمشيئة الله تعالى فان الله تعالى يتولى تخليق أفعال العباد والله تعالى غير مغلوب ولا مضطر
في فعله وهو التخليق بل هو مختار وتذكر ويراد بها اختيار الايثار يقال ان شئت فعلت كذا وان شئت لم افعل
أي ان شئت آثرت الفعل وان شئت آثرت الترك على الفعل وهو المعنى من قولنا المكره ليس بمختار والمراد
من المشيئة المذكورة ههنا هو اختيار الايثار لا اختيار الفعل وتركه لانا لو حملناه عليه لالغا كلامه ولو حملناه على
اختيار الايثار لم يلغ وصيانة كلام العاقل عن اللغو واجب عند الامكان واختيار الايثار في التمليك لا في التوكيل
لما ذكرنا ان الوكيل يعمل عن رأي الموكل وتدبيره وانما يستعير منه العبارة فقط فكان الايثار من الموكل لا من الوكيل
وأما المملك فانما يعمل برأي نفسه وتدبيره وايثاره لا بالمملك فكان التقييد بالمشيئة مفيدا والاصل أن التوكيل لغة
هو الانابة والتفويض هو التسليم بالكلية لذلك سمى مشايخنا الاول توكيلا والثاني تفويضا واذا ثبت ان المقيد
بالمشيئة تمليك والمطلق توكيل والتمليك يقتصر على المجلس لما ذكرنا ان المملك انما يملك بشرط الجواب في
المجلس لانه انما يملك بالخطاب وكل مخلوق خاطب غيره يطلب جواب خطابه في المجلس فلا يملك نهيه عنه لما مر ثم
التوكيل لا يقتصر على المجلس لان الوكيل لا يمكنه القيام بما وكل بتحصيله في المجلس ظاهرا وغالبا لان التوكيل في
الغالب يكون بشيء لا يحضره الموكل ويفعل في حال غيبته لانه اذا كان حاضرا يستغني بعبارة نفسه عن استعارة عبارة
غيره فلو تقيد التوكيل بالمجلس لخلا عن العاقبة الحميدة فيكون سفها ويملك نهيه عنه لانه وكيله فيملك عزله ولو أراد بقوله
طلقي نفسك ثلاثا فقد صار الثلاث بيدها لان معنى قوله لها طلقي نفسك أي حصلي طلاقا والمصدر يحتمل
الخصوص والعموم لانه اسم جنس فاذا نوى به الثلاث فقد نوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولو أراد به الثنتين
لا يصح لان لفظ المصدر لفظ وحدان والاثنان عدد لا توحد فيه أصلا على ما بينا فيما تقدم وان لم يكن له نية تنصرف
الى الواحد لانه متيقن به ولان الامر المطلق بالفعل في الشاهد ينصرف الى ما هو المقصود من ذلك الفعل في المتعارف
ألا ترى أن من قال لغلامه اسق هذه الارض وكانت الارض لا تصلح للزراعة الا بثلاث مرات صار مأمورا
به وان كانت تصلح بالسقي مرة واحدة صار مأمورا به ومن قال لغلامه اضرب هذا الذي استخف بي ينصرف
الى ضرب يقع به التأديب عادة ويحصل به المقصود وهو الانزجار ومن أصابت ثوبه نجاسة فقال لجاريته اغسليه
لا تصير مؤتمرة الا بغسل تحصل للمقصود وهو طهارة الثوب دل ان الامر المطلق في الشاهد ينصرف الى ما هو
المقصود من الفعل في المتعارف والعرف والمقصود في قوله لامرأته طلقي نفسك مختلف فقد يقصد به الطلاق المبطل
للملك وقد يقصد به الطلاق المبطل لحل المحلية لسد باب التدارك فأي ذلك نوى انصرف اليه ثم اذا صحت نية
الثلاث فان طلقت نفسها ثلاثا أو اثنتين أو واحدة وقع لان الزوج ملكها الثلاث ومالك الثلاث له ان يوقع الثلاث
أو الاثنتين أو الواحدة كالزوج سواء بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان شئت أو أردت أو رضيت أو اذا شئت أو
متى شئت أو متى ما شئت أو اين شئت أو حيث شئت ونحو ذلك ونوى الثلاث انه لا يصح لما مر ان قوله أنت طالق
صفة للمرأة وانما يثبت الطلاق اقتضاء ضرورة صحة التسمية بكونها طالقا ولا ضرورة في قبول نية الثلاث فلا

يثبت في حقه ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فهي واحدة في قولهم جميعا لان الزوج ملكها الثلاث ومالك الثلاث اذا أوقع واحدة تقع كالزوج وهذا لانه لما ملكها الثلاث فقد ملكها الواحدة لانها بعض الثلاث وبعض المملوك يكون مملوكا ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع واحدة وجه قولهما انها أتت بما فوض الزوج اليها وزادت على القدر المفوض فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة كما لو قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة انه يقع واحدة وتلغو الزيادة كذا هذا وكذا لو قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي تقع واحدة رجعية وتلغو صفة البينونة لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة وجوه من الفقه أحدها انه لو وقعت الواحدة اما ان تقع بطريق الاصالة مقصودا أو ضمنا أو ضرورة وقوع الثلاث لا سبيل الى الاول لانه لم يوجد ايقاع الواحدة بطريق الاصالة لانعدام لفظ الواحدة ووجود لفظ آخر وكذا لم يوجد وقت وقوع الواحدة بطريق الاصالة لان ذلك عند قولها نفسي وسكوتها عليه ووقت وقوعها مع الثلاث عند قولها ثلاثا ولا وجه للثاني لانها لم تملك الثلاث اذ الزوج لم يملكها الثلاث فلا تملك ايقاع الثلاث فلا يقع الثلاث فلا تقع الواحدة ضمنا لوقوع الثلاث فتعذر القول بالوقوع أصلا بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ملكها الثلاث فملكت ايقاع الثلاث ومالك ايقاع الثلاث يملك ايقاع الواحدة لان بعض المملوك مملوك وههنا بخلافه لما بينا وبخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فقالت طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة لان ثم أوقعت الواحدة بطريق الاصالة لوجود لفظ الواحدة ووقت وقوعها بطريق الاصالة فوقعت واحدة بطريق الاصالة ثم اشتغلت بغيرها وهو غير مملوك لها فلغا وبخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت قد أبنت نفسي لان هناك أوقعت ما فوض اليها بطريق الاصالة لان الابانة من ألفاظ الطلاق لغة على ما نذكر الا انها زادت على القدر المفوض صفة البينونة فلغت وبقي أصل الطلاق والثاني ان المرأة بقولها طلقت نفسي ثلاثا أعرضت عما فوض الزوج اليها فيبطل التفويض ويخرج الامر من يدها كما اذا اشتغلت بأمر آخر أو قامت عن مجلسها ودلالة انها أعرضت عما فوض اليها انه فوض اليها الواحدة وهي أتت بالثلاث والواحده من الثلاث ان لم تكن غير الثلاث ولان الثلاث غير الواحدة ذاتا لان الواحدة منها والشيء لا يكون غير نفسه لكنها غير الواحدة لفظا وحكما ووقتا (أما) اللفظ فان لفظ الواحدة غير لفظ الثلاث وكذا حكمها غير حكم الثلاث وأما الوقت فان وقت وقوع الواحدة غير وقت وقوع الثلاث لان الواحدة تقع عند قولها طلقت نفسي والثلاث تقع عند قولها ثلاثا لما ذكرنا فيما تقدم ان العدد هو الواقع على معنى انه متى اقترن بذكر الطلاق ذكر عدد لا يقع الطلاق قبل ذكر العدد ويقف أول الكلام على آخره فصارت المرأة باشتغالها بذكر الثلاث لفظا معرضة عن الواحدة لفظا وحكما ووقت وقوع الطلاق لصيرورتها مشتغلة بغير ما ملكت تاركة للمملوك والاشتغال بغير المملوك دليل الاعراض عما ملكت والاعراض عن ما ملكت يوجب بطلان التمليك وخروج الامر عن يدها بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة لان هناك ما أعرضت عما فوض اليها لانه فوض اليها الثلاث وتفويض الثلاث تفويض الواحدة لان التفويض تمليك وتمليك الثلاث تمليك الواحدة لانها من أجزاء الثلاث وجزء المملوك مملوك فلم تصر باشتغالها بالواحدة مشتغلة بغير ما ملكت ولا تاركة للمملوك فاما تمليك الجزء فلا يكون تمليك الكل فافترقا والثالث ان الزوج لم يملكها الا الواحدة المنفردة وما أتت بالواحدة المنفردة فلم تأت بما ملكها الزوج فلا يقع شيء كما لو قال لها طلقي نفسك فاعتقت عبده ولا شك ان الزوج لم يملكها الا الواحدة المنفردة لانه نص على التوحد والتوحد ينبئ عن التفرد في اللغة فكان المفوض اليها طلقة واحدة منفردة عن غيرها وهي وان أتت بالواحدة باتيانها بالثلاث فما أتت بالواحدة المنفردة لانها أتت بثلاث مجتمعة والثلاث المجتمعة لا يوجد فيها واحدة منفردة لما فيه من الاستحالة لتضاد بين الاجتماع والافتراق فلم تأت بما فوض اليها فلا يقع شيء بخلاف ما اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثا

فطلقت نفسها واحدة لان هناك أتت بما فوض اليها لكنها زادت على القدر المفوض لانه فوض اليها الثلاث مطلقا عن صفة الاجتماع والافتراق ألا ترى انها لو طلقت نفسها ثلاثا متفرقة وقعت كما لو طلقت نفسها ثلاثا مجتمعة ولو كان المفوض اليها الثلاث المجتمعة لما ملكت ايقاع الثلاث المتفرقة فاذا صارت الثلاث مطلقا مملوكة لها مجتمعة كانت أو منفردة صارت كل واحدة من الطلقات الثلاث مملوكة لها منفردة كانت أو مجتمعة فاذا طلقت نفسها واحدة فقد أتت بالمملوك ضرورة وهو الجواب عما اذا قال لها طلقى نفسك واحدة فقالت طلقت نفسى واحدة واحدة واحدة انه يقع واحدة لانها أتت بالمفوض و زيادة فيقع القدر المفوض وتلغو الزيادة وههنا ما أتت بالمفوض اليها أصلا ورأسا فهو الفرق ولا يلزم ما اذا قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى لان هناك أيضا أتت بالمفوض اليها وزيادة لان الزوج فوض اليها أصل الطلاق وهى أتت بالاصل والوصف لان الابانة من ألفاظ الطلاق على ما نذكر فلغا الوصف وهو وصف البينونة وبقى الاصل وهو صريح الطلاق فتقع واحدة رجعية وذكر القدورى عن أبى يوسف فى هذه المسئلة ان قياس قول أبى حنيفة أن لا يقع شئ وعلى هذا الخلاف الذى ذكرنا ما اذا قال لها طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت نفسها ثلاثا ولو قال لها طلقى نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت نفسها واحدة أو ثنتين لا يقع شئ فى قولهم جميعا لانه ملكها الثلاث بشرط مشيئتها الثلاث فاذا شاءت ما دون الثلاث لم تملك الثلاث لوجود بعض شرط الملك والحكم المعلق بشرط لا يثبت عند وجود بعض الشرط ولو قال لها طلقى نفسك من ثلاث ما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة وثنتين وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تطلق نفسها ثلاثا ان شاءت وجه قولهما ان كلمة من فى مثل هذا الموضع تذكر لبيان الجنس فان من قال لغيره كل من هذا الرغيف ما شئت كان له أن يأكل كل الرغيف ولابى حنيفة ان كلمة ما كلمة عامة وكلمة من للتبعيض حقيقة فلابد من اعتبار المعنيين جميعا وذلك فى أن يصير المفوض اليها من الثلاث بعض له عموم وذلك اثنان فتملك ما فوض اليها وهو الثنتان وفى مسئلة الرغيف صرفت كلمة من عن حقيقتها الى الجنس بدلالة الحال وهو أن الاصل فى الطعام هو السماح دون الشح خصوصا فى حق من قدم اليه ولو قال لها طلقى نفسك ان شئت فقالت شئت لا يقع الطلاق ولو قال لها أنت طالق ان شئت يقع لان فى الفصل الاول أمرها بالتطليق فما لم تطلق لا يقع الطلاق ومشيئة التطليق لا تكون تطليقا وفى الفصل الثانى علق طلاقها بمشيئتها وقد شاءت ولو قال لها طلقى نفسك فقالت أبنت نفسى طلقت واحدة تملك الرجعة وان قالت قد اخترت نفسى لم تطلق ووجه الفرق ان قولها أبنت من ألفاظ الطلاق لان الابانة قطع الوصلة لغة والطلاق رفع القيد لغة الا أن عمل صريح الطلاق يتأخر شرعا فى المدخول بها الى ما بعد انقضاء العدة فكان بين اللفظين موافقة من حيث الاصل فاذا قالت أبنت نفسى فقد أتت بالاصل وزادت صفة البينونة فتلغو الصفة ويبقى الاصل بخلاف قولها اخترت لان الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق لغة بدليل انه لو قال لامرأته اخترتك أو قال اخترت نفسى لا يقع الطلاق وكذا اذا قالت المرأة طلقت نفسى أو أبنت نفسى وقف على اجازة الزوج ولو قالت اخترت نفسى لا يقف على اجازته بل يبطل الا انه جعل من ألفاظ الطلاق شرعا بالنص واجماع الصحابة رضى الله عنهم عند خروجه جوابا للتخيير وما فى معناه وهو الامر باليد فلا يكون جوابا فى غيره فيلغو وحكى القدورى قول أبى يوسف فقال قال أبو يوسف اذا قال لها طلقى نفسك فقالت ابنت نفسى لا يقع شئ على قياس قول أبى حنيفة ووقع عندهما تطليقة رجعية كأنها قالت أبنت نفسى بتطليقة ولم يذكر خلاف أبى حنيفة فى الجامع الصغير ووجه الفرق ان بين هذه المسئلة وبين قوله طلقى نفسك واحدة على نحو ما بينا ولو قال لها طلقى نفسك تطليقة رجعية فطلقت نفسها بائنا أو قال لها طلقى نفسك تطليقة بائنة فطلقت رجعية يقع ما أمر به الزوج لا ما أتت به لانها انما تملك تطليق نفسها بتمليك الزوج لها فتملك ما ملكها الزوج وما أتت به موافق لما ملكها الزوج من حيث الاصل لان كل واحد منهما

من ألفاظ الطلاق وانما خالفه من حيث الوصف فاذا وقع الاصل استتبع الوصف المملك فيقع ما فوض اليها والله الموفق للصواب

﴿ فصل ﴾ وأما الرسالة فهى أن يبعث الزوج طلاق امرأته الغائبة على يد انسان فيذهب الرسول اليها ويبلغها الرسالة على وجهها فيقع عليها الطلاق لان الرسول ينقل كلام المرسل فكان كلامه ككلامه والله الموفق ومنها عدم الشك من الزوج فى الطلاق وهو شرط الحكم بوقوع الطلاق حتى لو شك فيه لا يحكم بوقوعه حتى لا يجب عليه أن يعتزل امرأته لان النكاح كان ثابتا بيقين ووقع الشك فى زواله بالطلاق فلا يحكم بزواله بالشك كحياة المفقود انها لما كانت ثابتة ووقع الشك فى زوالها لا يحكم بزوالها بالشك حتى لا يورث ماله ولا يرث هو أيضا من أقاربه والاصل فى نفى اتباع الشك قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن الرجل يخيل اليه انه يجد الشئ فى الصلاة لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا اعتبر اليقين وألغى الشك ثم شك الزوج لا يخلو اما ان وقع فى أصل التطليق أطلقها أم لا واما ان وقع فى عدد الطلاق وقدره انه طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا أو صفة الطلاق انه طلقها رجعية أو بائنة فان وقع فى أصل الطلاق لا يحكم بوقوعه لما قلنا وان وقع فى القدر يحكم بالاقل لانه متيقن به وفى الزيادة شك وان وقع فى وصفه يحكم بالرجعية لانها أضعف الطلاقين فكانت متيقنا بها

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المرأة فمنها الملك أو علقة من علائقه فلا يصح الطلاق الا فى الملك أو فى علقة من علائق الملك وهى عدة الطلاق أو مضافا الى الملك وجملة الكلام فيه أن الطلاق لا يخلو اما أن يكون تنجيزا واما أن يكون تعليقا بشرط واما أن يكون اضافة الى وقت أما التنجيز فى غير الملك والعدة فباطل بان قال لامرأة أجنبية أنت طالق أو طلقتك لانه ابطال الحل ورفع القيد ولا حل ولا قيد فى الاجنبية فلا يتصور ابطاله ورفعه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لا طلاق قبل النكاح وان كانت منكوحة الغير وقف على اجازته عندنا خلافا للشافعى والمسئلة تأتى فى كتاب البيوع وأما التعليق بشرط فنوعان تعليق فى الملك وتعليق بالملك والتعليق فى الملك نوعان حقيقى وحكمى أما الحقيقى فنحو أن يقول لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق أو ان كلمت فلانا أو ان قدم فلان ونحو ذلك وانه صحيح بلا خلاف لان الملك موجود فى الحال فالظاهر بقاؤه الى وقت وجود الشرط فكان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط فيحصل ما هو المقصود من اليمين وهو التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط فصحت اليمين ثم اذا وجد الشرط والمرأة فى ملكه أو فى العدة يقع الطلاق والا فلا يقع الطلاق ولكن تنحل اليمين لا الى جزاء حتى انه لو قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق فدخلت الدار وهى فى ملكه طلقت وكذا اذا أبانها قبل دخول الدار فدخلت الدار وهى فى العدة عندنا لان المبانة يلحقها صريح الطلاق عندنا وان أبانها قبل دخول الدار وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لا يقع الطلاق لعدم الملك والعدة ولكن تبطل اليمين حتى لو تزوجها ثانيا ودخلت الدار لا يقع شئ لان المعلق بالشرط يصير عند الشرط كالمنجز والتنجيز فى غير الملك والعدة باطل فان قيل أليس أن الصحيح اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم جن فدخلت الدار انه يقع طلاقه ولو نجز فى تلك الحالة لا يقع فالجواب من وجهين أحدهما ان التطليق كلامه السابق عند الشرط فتعتبر الأهلية وقت وجوده وقد وجدت والثانى انا انما اعتبرناه تنجيزا حكما وتقديرا والمجنون من أهل ان يقع الطلاق على امرأته بطريق الحكم فان العنين اذا أجل فمضت المدة وقد جن يفرق القاضى بينهما ويكون ذلك طلاقا فاطرد الكلام بحمد الله تعالى ولو أبانها قبل دخول الدار ولم تدخل الدار حتى تزوجها ثم دخلت يقع الطلاق لان اليمين لم تبطل بالابانة لانه يتصور عود الملك فما قامت الجزاء على وجه لا يتصور عوده ولو قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها واحدة أو ثنتين قبل دخول الدار فتزوجت بزوج آخر ودخل بها ثم عادت الى الزوج الاول فدخلت طلقت ثلاثا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد هى طالق ما بقى من الطلقات الثلاث شئ وأصل هذه المسئلة ان من طلق

امرأته

امرأته واحدة أو اثنتين ثم تزوجت بزوج آخر ودخل بها وعادت الى الاول انها تعود بثلاث تطليقات فى قولهما وفى قول محمد تعود بما بقى وهو قول زفر ولقب المسئلة أن الزوج الثانى هل يهدم الطلقة والطلقتين عندهما يهدم وعند محمد لا يهدم والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن على وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله ابن عمر رضى الله عنهم مثل مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف وروى عن عمر وأبى بن كعب وعمران بن حصين مثل مذهب محمد وزفر واحتجا بقوله سبحانه وتعالى الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره حرم المطلقة الثلاث مطلقا من غير فصل بين ما اذا تخللت اصابة الزوج الثانى الثلاث وبين ما اذا لم يتخللها وهذه مطلقة الثلاث حقيقة لان هذه طلقة قد سبقها طلقتان حقيقة والطلقة الثالثة هى الطلقة التى سبقها طلقتان فدخلت تحت النص ولان الزوج الثانى جعل فى الشرع منهيا للحرمة لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وحتى كلمة غاية وغاية الحرمة لا تتصور قبل وجود الحرمة والحرمة لم تثبت قبل الطلقات الثلاث فلم يكن الزوج الثانى منهيا للحرمة فيلحق بالعدم ولابى حنيفة وأبى يوسف النصوص والمعقول اما النصوص فالعمومات الواردة فى باب النكاح من نحو قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء وقوله عز وجل وأنكحوا الايامى منكم وقول النبى صلى الله عليه وسلم تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن فهذه النصوص وأمثالها تقتضى جواز النكاح من غير فصل بين ان تكون المرأة مطلقة أولا وبين ان تكون مطلقة ثلاثا تخللها اصابة الزوج الثانى أولا الا ان المطلقة الثلاث التى لم يتخللها اصابة الزوج الثانى خصت عن النصوص فبقى ما وراءها تحتها وأما المعقول فمن وجهين أحدهما ان النكاح مندوب اليه ومسنون وعقد ومصلحة لتضمنه مصالح الدين والدنيا فلا يجوز ان يمنع عنه لانه يؤدى الى التناقض لان قطع المصلحة مفسدة والشريعة منزهة عن التناقض الا انه قد يخرج من أن يكون مصلحة بمخالفة الاخلاق ومباينة الطباع أو غير ذلك من المعانى ويقع اليأس عن استيفاء المصالح من هذه المرأة فشرع الطلاق لاستيفاء المصالح المطلوبة من النكاح من زوجة أخرى الا ان خروج النكاح من أن يكون مصلحة لا يعرف الا بالتأمل والتجربة ولهذا فوض الطلاق الى الزوج لاختصاصه بكمال الرأى والعقل ليتأمل فاذا طلقها ثلاثا على ظن المخالفة ثم مال قلبه اليها حتى تزوجها بعد اصابة الزوج الثانى الذى هو فى غاية النفار فى طباع الفحل ونهاية المنع دل أن طريق الموافقة بينهما قائم وانه أخطأ فى التجربة وقصر فى التأمل فبقى النكاح مصلحة لقيام الموافقة بينهما فلا يجوز القول بحرمته كما فى ابتداء النكاح بل أولى لان ثمة لم يوجد الا دليل أصل الموافقة وههنا وجد دليل كمال الموافقة وهو الميل اليها مع وجود ما هو النهاية فى النفرة ثم لما حل نكاحها فى الابتداء لتحقيق المقاصد فبعد اصابة الزوج الثانى أولى وهذا المعنى لا يوجب التفرقة بين اصابة الزوج الثانى بعد الطلقات الثلاث وبين ما قبلها فورود الشرع بجواز النكاح ثمة يكون ورودا ههنا دلالة والثانى أن الحل بعد اصابة الزوج الثانى وطلاقه اياها وانقضاء عدتها حل جديد والحل الجديد لا يزول الا بثلاث طلقات كما فى ابتداء النكاح والدليل على ان هذا حل جديد ان الحل الاول قد زال حقيقة لانه عرض لا يتصور بقاؤه الا انه اذا لم يتخلل بين الحلين حرمة يجعل كالدائم بتجدد أمثاله فيكون كشئ واحد فكان زائلا حقيقة وتقديرا فكان الثانى حلا جديدا والحل الجديد لا يزول الا بثلاث تطليقات كما فى ابتداء النكاح وأما فى قوله تعالى فان طلقها فنقول هذه الآية الكريمة تتناول طلقة ثالثة مسبوقة بطلقتين بلا فصل لان الفاء للتعقيب بلا فصل واصابة الزوج الثانى ههنا حاصلة فلا يتناولها أو تحمل الآية على ما اذا لم يدخل بها الزوج الثانى حتى طلقها وتزوجها الاول وطلقها واحدة توفيقا بين الدلائل وأما قوله بان الشرع جعل اصابة الزوج الثانى غاية للحرمة فنقول كون الاصابة غاية للحرمة يقتضى انتهاء الحرمة عند عدم الاصابة وقد بينا انه يثبت حل جديد بعد الاصابة ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا فطلقها ثلاثا قبل الدخول وتزوجت بزوج ودخل بها ثم عادت الى الاول فدخلت الدار لا يقع عليها شئ عند علمائنا الثلاثة وعند زفر يقع عليها ثلاث تطليقات وجه قوله ان المعلق طلقات مطلقة لا مقيدة

بالحل القائم لان الحالف أطلق وماقيد والحل القائم ان بطل بالتنجيز فقد وجد حل آخر فكان التعليق باقيا وقد وجد الملك عند وجود الشرط فينزل المعلق كما اذا قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت على كظهر أمى ثم طلقها ثلاثا قبل الدخول يبقى تعليق الظهار بالدخول حتى لو تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الزوج الاول فدخلت الدار يصير مظاهرا لما ذكرنا كذا هذا ولنا أن المعلق طلقات الحل القائم للحال وقد بطل على وجه لا يتصور عوده فلا يتصور الطلاق المبطل للحل القائم عند وجود الشرط فتبقى اليمين كما اذا صار الشرط بحال لا يتصور عوده بان جعل الدار بستانا أو حماما والدليل على أن المعلق طلقات هذا الحل ان المعلق طلاق مانع من تحصيل الشرط لان الغرض من مثل هذه اليمين التقوى على الامتناع من تحصيل الشرط والمنع لا يحصل الا بكونه غالب الوجود عند وجود الشرط وذلك هو الحل القائم للحال لانه موجود للحال فالظاهر بقاؤه فيصلح مانعا والذى يحدث بعد اصابة الزوج الثانى عدم للحال فالظاهر بقاؤه على العدم فكان غالب العدم عند وجود الشرط فلا يصلح اطلاقه مانعا فلا يكون معلقا بالشرط مالا يكون معلقا به وأما قوله الحالف أطلق فنعم لكنه أراد به المقيد عرفنا ذلك بدلالة الغرض المطلوب من التصرف وهو التقوى على الامتناع وذلك لا يحصل الا بتطليقات هذا الحل فيتقيد بها وأما مسئلة الظهار ففيها اختلاف الرواية روى أبو طاهر الدباس عن أصحابنا انه يبطل بتنجيز الثلاث فلا يصير مظاهرا عند دخول الدار ثم ماذكرنا من اعتبار الملك أو العدة لوقوع الطلاق فى الملك بشرط واحد فان كان بشرطين هل يشترط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرطين جميعا قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط بل الشرط قيام الملك أو العدة عند وجود الشرط الاخير وقال زفر يشترط قيام الملك عند وجود الشرطين وصورة المسئلة اذا قال لامرأته ان كلمت زيدا وعمرا فانت طالق فطلقها وانقضت عدتها فكلمت زيدا ثم تزوجها فكلمت عمرا طلقت عندنا وعند زفر لا تطلق وان كان الكلام الاول فى الملك والثانى فى غير الملك بان كلمت زيدا وهى فى ملكه ثم طلقها وانقضت عدتها ثم كلمت عمرا لا يقع الطلاق وجه قول زفر ان الحالف جعل كلام زيد وعمرو جميعا شرطا لوقوع الطلاق ووجود جميع الشرط شرط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء هو وقت وجود الشرط ألا ترى انها اذا كلمت أحدهما دون الآخر لا يقع الطلاق فكذا اذا كلمت أحدهما فى غير الملك فذلك ملحق بالعدم كما اذا وجد الشرطان جميعاً فى غير الملك (ولنا) ان الملك عند وجود الشرط فيشترط لنزول الجزاء ووقت نزول الجزاء وهو وقت وجود الشرط الاخير فيشترط قيام الملك عنده لا غير وهذا لان الملك انما يشترط اما لصحة التعليق أو لثبوت الحكم وهو نزول المعلق والملك القائم فى الوقتين جميعاً فاما وقت وجود الشرط الاول فليس وقت التعليق ولا وقت نزول الجزاء فلا معنى لاشتراط الملك عنده ونظير هذا الاختلاف فى كتاب الزكاة كمال النصاب فى طرفى الحول ونقصانه فى اثناء الحول لا يمنع الوجوب عندنا وعنده يشترط الكمال من أول الحول الى آخره ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق ان كلمت فلانا يشترط قيام الملك عند وجود الشرط الاول وهو الدخول لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين كانه قال لها عند الدخول ان كلمت فلانا فانت طالق واليمين لا تنعقد الا فى الملك أو مضافة الى الملك فان كانت فى ملكه عند دخوله الدار صحت اليمين المتعلقة بالشرط وهو الكلام فاذا كلمت يقع الطلاق وان لم تكن فى ملكه عند الدخول بان طلقها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار لم يصح التعليق لعدم الملك والعدة فلا يقع الطلاق وان كلمت وان كان طلقها بعد الدخول بها قبل دخول الدار ثم دخلت الدار وهى فى العدة ثم كلمت فلانا وهى فى العدة طلقت لان المعتدة يلحقها صريح الطلاق تنجيزا فيصح تعليق طلاقها أيضا فى حال قيام العدة كالزوجة واذا صح التعليق ووجد شرطه فى الملك أو فى العدة ينزل المعلق ولو قال لامرأته أنت طالق ان شئت فهذا وقوله أنت طالق ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا سواء من حيث انه يقف وقوع الطلاق على مشيئتها كما يقف على دخولها وكلامها الا أن ذلك تعليق بالشرط وهذا تمليك كقوله أمرك بيدك واختارى ولهذا اقتصر على المجلس ولو حلف لا يحلف لا يحنث لان الحلف بما سوى

الله عز وجل شرط وجزاء ومشيئتها ليست بشرط لان شرط الطلاق ما جعل علما على الطلاق وهو ما يكون دليلا على الطلاق من غير أن يكون وجود الطلاق به لان ذلك يكون علة لا شرطا ومشيئتها يتعلق بها وجود الطلاق بل هى تطليق منها وكذلك مشيئته بان قال لها أنت طالق ان شئت انا ألا ترى اذا قال لامرأته شئت طلاقك طلقت كما اذا قال طلقتك فان قيل أليس انه اذا قال لامرأته أنت طالق ان طلقتك كان تعليقا للطلاق بشرط التطليق حتى لو طلقها يقع المنجز ثم ينزل المعلق والتعليق ثم يحصل به الطلاق ومع هذا يصلح شرطا فالجواب ان التنجيز يحصل به الطلاق المنجز لا الطلاق المعلق بل الطلاق المعلق يحصل بغيره فكان التنجيز فى حق الطلاق المعلق علما محضا فكان شرطا وكذلك اذا قال لها أنت طالق ان هويت أو أردت أو أحببت أو رضيت فهو مثل قوله ان شئت ويتعلق الطلاق بالخبر عن هذه الاشياء لا بحقائقها والاصل انه متى علق الطلاق بشئ لا يوقف عليه الا من جهتها يتعلق باخبارها عنه ومتى علق بشئ يوقف عليه من جهة غيرها لا يقبل قولها الا ببينة وعلى هذا مسائل اذا قال لها ان كنت تحبينى أو تبغضينى فانت طالق فقالت أحب أو أبغض يقع الطلاق استحسانا والقياس أن لا يقع وجه القياس انه علق الطلاق بشرط لا يعلم وجوده فاشبه التعليق بمشيئة الله تعالى وجه الاستحسان انه علقه بامر لا يوقف عليه الا من جهتها فيتعلق باخبارها عنه كانه قال لها ان أخبرتنى عن محبتك أو بغضك اياى فانت طالق ولو نص على ذلك لتعلق بنفس الاخبار كذا هذا وعلى هذا اذا قال لها ان كنت تحبين ان يعذبك الله بالنار أو ان كنت تكرهين الجنة فانت طالق فقالت أحب النار أو أكره الجنة وقع الطلاق لما قلنا ولو قال ان كنت تحبينى بقلبك فانت طالق فقالت أحبك بقلبى وفى قلبها غير ذلك يقع الطلاق فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يقع وجه قوله انه لما قيد المحبة بالقلب فقد علق الطلاق بحقيقة المحبة لا بالخبر عنها فاذا لم يكن فى قلبها محبة لم يوجد الشرط فلا يقع الطلاق ولهما ان المحبة والكراهة لما كانتا من الامور الباطنة التى لا يوقف عليها الا من جهتها تعلق الطلاق بنفس الاخبار عنهما دون الحقيقة وقد وجد وعلى هذا اذا قال لها ان حضت فانت طالق فقالت حضت طلقت حين رأت الدم واستمر الى ثلاثة أيام لان الحيض لا يوقف عليه الا من قبلها فيقبل قولها فى ذلك واذا استمر الدم الى ثلاثة أيام تبين ان ما رأت كان حيضا من حين وجوده فوقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها ان حضت حيضة فانت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر لان الحيضة اسم للكامل ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ويقع على الكامل حتى يقدر الاستبراء به وكمالها بانقضائها من ذلك باتصال جزء من الطهر بها فكان هذا فى الحقائق تعليق الطلاق بالطهر ونظيره اذا قال اذا صمت يوما فانت طالق وقع على صوم كل اليوم وذلك بدخول أول جزء من الليل فكان تعليق الطلاق بدخول الليل وكذا هذا وكذا اذا قال ان حضت نصف حيضة فانت طالق لا تطلق ما لم تحض وتطهر لان نصف حيضة حيضة كاملة فكانه قال اذا حضت حيضة وكذا اذا قال اذا حضت سدس حيضة أو ثلث حيضة لما قلنا وكذلك اذا قال اذا حضت نصف حيضة فانت طالق واذا حضت نصفها الآخر فانت طالق لا يقع الطلاق ما لم تحض وتطهر فاذا حاضت وطهرت يقع تطليقتان لانه علق طلقة بنصف حيضة ونصف حيضة حيضة كاملة وعلق طلقة أخرى بنصف ثان الحيضة بعينها وهى حيضة كاملة فكان هذا تعليق طلاقين بحيضة واحدة كاملة وكمالها بانقضائها وانقضاؤها باتصال الطهر بها واذا اتصل بها الطهر طلقت تطليقتين ولو قال لها أنت طالق فى حيضك أو مع حيضك فحين رأت الدم تطلق بشرط أن يستمر بها الدم الى ثلاثة أيام لان كلمة فى للظرف والحيض لا يصلح ظرفا للطلاق فيجعل شرطا فصار كانه قال أنت طالق اذا حضت وكلمة مع للمقارنة فيقتضى كون الطلاق مقارنا لحيضها فاذا رأت الدم ثلاثة أيام تبين ان المرئى كان حيضا من حين وجوده فيقع الطلاق من ذلك الوقت ولو قال لها أنت طالق فى حيضتك أو مع حيضتك ما لم تحض وتطهر لا تطلق لان الحيضة اسم للكامل وذلك باتصال الطهر ولو كانت حائضا فى هذه الفصول كلها لا يقع ما لم تطهر من

هذه الحيضة وتحيض مرة أخرى لانه جعل الحيض شرطا لوقوع الطلاق والشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهو الحيض الذى يستقبل لا الموجود فى الحال فكان هذا تعليق الطلاق بحيض مبتدأ ولو قال لها اذا حضت فانت طالق وفلانة معك فقالت حضت ان صدقها الزوج يقع الطلاق عليهما جميعا وان كذبها يقع الطلاق عليها ولا يقع على صاحبتها الا انها أمينة فى حق نفسها لا فى حق غيرها فثبت حيضها فى حقها لا فى حق صاحبتها ويجوز أن يكون الكلام الواحد مقبولا فى حق شخص غير مقبول فى حق شخص آخر كما يجوز أن يكون مقبولا وغير مقبول فى حق حكمين مختلفين كشهادة النساء مع الرجال اذا قامت على السرقة انها تقبل فى حق المال ولا تقبل فى حق القطع واذا قال اذا حضت فامرأتى الاخرى طالق وعبدى حر فقالت قد حضت يقع الطلاق والعتاق اذا صدقها الزوج وان كذبها لا يقع لما ذكرنا ان اقرارها على غيرها غير مقبول لانه بمنزلة الشهادة على الغير ولو قال اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع الطلاق اذا شهدت القابلة على الولادة وجه قولهما ان ولادتها قد ثبتت بشهادة القابلة لكون النكاح قائما والولادة تثبت بشهادة القابلة حال قيام النكاح فى تعيين الولد وفيما هو من لوازمه وهو النسب لمكان الضرورة والطلاق ليس من لوازم الولادة فلا تثبت الولادة فى حق الطلاق بهذه الشهادة ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق أو ان كلمت فلانا فانت طالق فقالت دخلت أو كلمت لا يقع الطلاق ما لم يصدقها الزوج أو يشهد على ذلك رجلان أو رجل وامرأتان بالاجماع لان قولها دخلت أو كلمت اقرار على الغير وهو الزوج بابطال حقه فكان شهادة على الغير فلا تقبل ولو قال لامرأتيه اذا حضتما حيضة فانتما طالقان أو قال اذا حضتما فانتما طالقان الاصل فى جنس هذه المسائل ان الزوج متى أضاف الشئ الواحد الى امرأتين وجعل وجوده شرطا لوقوع الطلاق عليهما ينظر ان كان يستحيل وجود ذلك الشئ منهما كان شرطا لوقوع الطلاق عليهما وجوده من أحدهما وان كان لا يستحيل وجوده منهما جميعا كان وجوده منهما شرطا لوقوع الطلاق عليهما لان كلام العاقل يجب تصحيحه ما أمكن ان أمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق الحقيقة وان لم يمكن تصحيحه بطريق الحقيقة يصحح بطريق المجاز اذا عرف هذا فنقول اذا قال لامرأتين له اذا حضتما حيضة فانتما طالقان أو اذا ولدتما ولدا فانتما طالقان فحاضت إحداهما أو ولدت إحداهما يقع الطلاق عليهما لان حيضة واحدة وولادة واحدة من امرأتين محال فلم ينصرف اليه كلام العاقل فينصرف الى وجود ذلك من أحدهما لان اضافة الفعل الى اثنين على ارادة وجوده من أحدهما متعارف بين أهل اللسان قال الله تعالى فى قصة موسى وصاحبه فنسيا حوتهما وانما نسيه صاحبه وهو فتاه وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما وهو البحر الملح دون العذب وقال النبى صلى الله عليه وسلم لمالك بن الحويرث وعمه اذا سافرتما فأذنا وأقيما ومعلوم ان الامر بالتأذين والاقامة كان لاحدهما فكان هذا تعليق طلاقهما بحيضة إحداهما وبولادة إحداهما ولو قالت إحداهما حضت ان صدقها الزوج طلقتا جميعا لان حيضتها فى حقها ثابت باخبارها وفى حق صاحبتها ثابت بتصديق الزوج وان كذبها طلقت هى ولا تطلق صاحبتها لان حيضها ثابت فى حقها ولم يثبت فى حق صاحبتها ولو قالت كل واحدة منهما قد حضت طلقتا جميعا سواء صدقهما الزوج أو كذبهما أما اذا صدقهما فلا مر ظاهر لا يثبت حيضة كل واحدة منهما فى حق صاحبتها وأما اذا كذبهما فكذلك لان التكذيب يمنع ثبوت حيضة كل واحدة منهما فى حق صاحبتها لا فى حق نفسها وثبوت حيضتها فى حق نفسها يكفى لوقوع الطلاق عليها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق وهذه معك فقالت حضت وكذبها الزوج ولو قال اذا حضتما فانتما طالقان واذا ولدتما فانتما طالقان لا تطلقان ما لم يوجد الحيض والولادة منهما جميعا لانه أضاف الحيض أو الولادة اليهما ويتصور من كل واحدة منهما الحيض والولادة فيعلق الطلاق بوجود الحيض أو الولادة منهما جميعا عملا بالحقيقة عند الامكان ولو قالت كل

واحدة منهما قد حضت ان صدقهما الزوج طلقتا لانه علق طلاقهما بوجود الحيض منهما جميعا وقد ثبت ذلك بقولهما مع تصديق الزوج وان كذبهما لا تطلق واحدة منهما لان قول كل واحدة منهما مقبول فى حق نفسها الا فى حق صاحبتها فيثبت فى حق كل واحدة منهما حيضها لا حيض صاحبتها وحيض كل واحدة منهما بانفراده شطر الشرط وطلاق كل واحدة منهما متعلق بوجود حيضهما جميعا والمعلق بشرط لا ينزل بوجود بعض الشرط وان صدق احداهما وكذب الاخرى تطلق المكذبة ولا تطلق المصدقة لان حيض المكذبة ثبت فى حقها باخبارها وحيض المصدقة ثبت فى حق المكذبة أيضا بتصديق الزوج فثبت الحيضتان جميعا فى حق المكذبة فوجد كل الشرط فى حقها فيقع الطلاق عليها ولم يثبت فى حق المصدقة الا حيضها فى حق نفسها ولم يثبت فى حقها حيض المكذبة لتكذيب الزوج المكذبة فى ثبوت حيضها عند المصدقة فكان الموجود فى حق المصدقة شطر الشرط فلا يقع الطلاق وكذلك اذا قال اذا حضتما حيضتين أو اذا ولدتما ولدين فأنتما طالقان فهذا وقوله اذا حضتما أو ولدتما سواء فمن لم يحيضا جميعا أو يلدا جميعا لا يقع الطلاق عليهما لان وجود حيضتين منهما وولادة ولدين منهما يكون بهذا الطريق وهو أن تحيض كل واحدة منهما حيضة وتلد كل واحدة منهما ولدا وكذا اذا قال اذا دخلتما هذه الدار أو كلمتما فلانا أو لبستما هذا الثوب أو ركبتما هذه الدابة أو أكلتما هذا الطعام أو شربتما هذا الشراب فما لم يوجد منهما جميعا لا يقع الطلاق لانه يتصور وجوده منهما فيعمل بحقيقة الكلام بخلاف قوله اذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا لان ذلك محال ثم التعليق فى الملك كما يصح بشرط الوجود يصح بشرط العدم لان الشرط علامة محضة والعدم يصلح علما محضا فيصلح شرطا غير انه ان وقت ينزل المعلق عند انتهاء ذلك الوقت وان أطلق لا ينزل الا فى آخر جزء من أجزاء حياته بيان ذلك اذا قال لامرأته ان لم أدخل هذه الدار فأنت طالق أو قال ان لم آت البصرة فأنت طالق لا يقع الطلاق الا فى آخر جزء من أجزاء حياته لانه علق الطلاق بعدم الدخول والاتيان مطلقا ولا يتحقق ذلك الا فى ذلك الوقت وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته أنت طالق ان لم أطلقك انه لا يقع الطلاق عليها ما لم ينتهه الى آخر جزء من أجزاء حياته لانه على الطلاق بشرط عدم التطليق مطلقا والعدم المطلق لا يتحقق الا فى ذلك الجزء ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك واذا ما لم أطلقك فان أراد باذا أن لا يقع الطلاق الا فى آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع وان نوى به متى يقع الطلاق اذا فرغ من هذا الكلام وسكت وان لم يكن له نية قال أبو حنيفة هذه بمنزلة قوله ان وقال أبو يوسف ومحمد هى بمعنى متى (وجه) قولهما ان اذا للوقت قال الله تعالى اذا الشمس كورت واذا السماء انفطرت واذا السماء انشقت الى غير ذلك من الآيات الكريمة فكانت فى معنى متى ولو قال متى لم أطلقك يقع الطلاق عقيب الفراغ من هذه اللفظة اذا سكت كذا هذا والدليل انه اذا قال لها أنت طالق اذا شئت لا يقتصر على المجلس كما لو قال متى شئت ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو كانت للشرط لاقتصرت المشيئة على المجلس كما فى قوله ان شئت ولابى حنيفة ان هذه الكلمة كما تذكر ويراد بها الوقت تذكر ويراد بها الشرط كما قال الشاعر

استغن ما أغناك ربك بالغنى ٭ واذا تصبك خصاصة فتجمل

ألا ترى انه جزم ما بعده فان قال أريد بها الوقت يقع الطلاق كما فرغ من هذا الكلام وسكت كما فى قوله متى وان قال أريد بها الشرط لا يقع الا فى آخر جزء من أجزاء حياته كما فى كلمة ان فوقع الشك فى وقوع الطلاق عند الفراغ منه فلا يقع مع الشك وانما لا يقتصر على المجلس لانه حصلت المشيئة فى يدها بقوله أنت طالق اذا شئت وانها تستعمل للوقت وللشرط فان أريد بها الشرط يبطل بالقيام عن المجلس كما فى قوله ان شئت وان أريد بها الوقت لا يبطل كما فى قوله متى شئت فوقع الشك فى البطلان بالقيام عن المجلس فلا يبطل مع الشك فاطرد كلام أبى حنيفة فى المعنى بحمد الله سبحانه وتعالى ولو قال لها ان لم أدخل هذه الدار سنة فأنت طالق أو ان لم أكلم فلانا سنة فأنت طالق فمضت السنة قبل أن يدخلها أو يكلمه يقع الطلاق وعلى هذا يخرج الايلاء بأن قال لامرأته الحرة والله لا أقربك أربعة أشهر

مضت المدة ولم يقربها انه يقع طلقة بائنة لان الايلاء فى الشرع جعل تعليق الطلاق بشرط عدم الفىء اليها فى أربعة
أشهر وهو المعنى بالتعليق الحكمى لان الشرع جعل الايلاء فى حق أحد الحكمين وهو البر تعليق الطلاق بشرط البر
فى المدة كأنه قال لها ان لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن قال الله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم
فاذا مضت المدة والمرأة فى ملكه أو فى العدة يقع والا فلا كما فى التعليق الحكمى على ما نذكره وله حكم آخر وهو الحنث
عند القربان وسنذكره بحكمه فى موضعه وأما التعليق بالملك فنحو أن يقول لاجنبية ان تزوجتك فأنت طالق وانه
صحيح عند أصحابنا حتى لو تزوجها وقع الطلاق وعند الشافعى لا يصح ولا يقع الطلاق واحتج بقول النبى صلى الله عليه
وسلم لا طلاق قبل النكاح والمراد منه التعليق لان التنجيز مما لا يشكل ولان قوله أنت طالق فى التعليق بالملك تطليق
بدليل ان الطلاق عند وجود الشرط يقع به اذ لم يوجد كلام آخر سواه فكان الكلام السابق تطليقا الا أنه لم يثبت
الحكم للحال للمانع وهو عدم الشرط والتصرف لا ينعقد تطليقا الا فى الملك ولا ملك ههنا فلا ينعقد (ولنا) ان قوله أنت
طالق ليس تطليقا للحال بل هو تطليق عند الشرط على معنى انه علم على الانطلاق عند الشرط فيستدعى قيام الملك عنده
لا فى الحال والملك موجود عند وجود الشرط لان الطلاق يقع بعد وجود الشرط وأما الحديث فنقول بموجبه أن
لا طلاق قبل النكاح وهذا طلاق بعد النكاح لان المتصرف جعله طلاقا بعد النكاح على معنى انه جعله علما على
الانطلاق بعد النكاح لان نجعل منشئا للطلاق بعد النكاح أو يبقى الكلام السابق الى وقت وجود النكاح لان
الثانى محال والاول خلاف الحقيقة واضافة الطلاق الى الشرع لا الى الزوج وقيل فى الجواب عن التعليق بالحدوث
ان هذا ليس بطلاق بل هو يمين وتعليق الطلاق بالشرط وقوله التنجيز لا يشكل مسلم بعد ورود الحديث فاما قبله
فقد كان مشكلا فقد روى ان فى الجاهلية كان الرجل يطلق أجنبية ويعتقد حرمتها فبطل الحديث ذلك والجواب
الاول أحق وأدق والله الموفق وعلى هذا الخلاف اذا قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة طلقت عندنا
ولو تزوج تلك المرأة ثانيا لا تطلق وكذا هذا فى قوله ان تزوجتك لانه ليس فى لفظه ما يوجب التكرار ولو قال لاجنبية
كلما تزوجتك فأنت طالق طلقت فى كل مرة يتزوجها لان كلمة كل دخلت على العين وكلمة كلما دخلت على الفعل
ولو تزوجها ثلاث مرات وطلقت فى كل مرة وتزوجت بزوج آخر وعادت الى الاول فتزوجها طلقت بخلاف
ما اذا قال لمنكوحة كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت ثلاث مرات وطلقت فى كل مرة ثم تزوجت بزوج
آخر ثم عادت الى الاول فدخلت انها لا تطلق عندنا خلافا لزفر لان المعلق هناك طلقات الملك القائم المبطل للحال القائم
وقد بطل ذلك بالثلاث ولم توجد الاضافة الى سبب ملك حادث وحل مستأنف فلم يتعلق ما يملك به من الطلقات
وههنا قد علق الطلاق بسبب الملك وأنه صحيح عندنا فيصير عند كل تزوج يوجد منه لامرأة قائلا لها أنت طالق سواء
كانت هذه التى تكرر عليها طلاقها أو غيرها من النساء وعلى هذا الخلاف الظهار والايلاء فان قال لاجنبية ان
تزوجتك فأنت على كظهر امى أو قال والله لا أقربك والله أعلم ولو قال لامرأته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا أو
قال أنت طالق ان كان هذا نهارا أو ان كان هذا ليلا وهما فى الليل أو فى النهار يقع الطلاق للحال لان هذا تحقيق
وليس بتعليق بشرط اذ الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود وهذا موجود ولو قال ان دخل الجمل فى سم
الخياط فأنت طالق لا يقع الطلاق لان غرضه منه تحقيق النفى حيث علقه بامر محال وأما الاضافة الى الوقت فالزوج
لا يخلو اما ان أضاف الطلاق الى الزمان الماضى واما ان أضافه الى الزمان المستقبل فان أضافه الى الزمان الماضى
ينظر ان لم تكن المرأة فى ملكه فى ذلك الوقت لا يقع الطلاق وان كانت فى ملكه يقع الطلاق للحال وتلغو الاضافة
بيانه ما اذا قال لامرأته أنت طالق قبل ان أتزوجك لا يقع الطلاق لان تصحيح كلامه بطريق الاخبار ممكن لان
المخبر به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء الا بابطال الاسناد الى الماضى فكان التصحيح بطريق
الاخبار ولو قال لها أنت طالق أمس فان كان تزوجها اليوم لا يقع لما قلنا وان كان تزوجها أول من أمس يقع

الساعة لانه حينئذ تعذر تصحيحه بطريق الاخبار لانعدام المخبر به فيكون كذبا فيصحح بطريق الانشاء ثم تعذر تصحيحه انشاء الاضافة لان اسناد الطلاق الموجود للحال الى الزمان الماضى محال فبطلت الاضافة واقتصر الانشاء على الحال فيقع الطلاق للحال ولو قال لاجنبية أنت طالق اذا تزوجتك قبل ان أتزوجك ثم تزوجها وقع الطلاق لانه أوقع الطلاق بعد التزوج ثم أضاف الواقع الى ماقبل التزوج فوقع الطلاق ولغت الاضافة وكذلك اذا قال أنت طالق قبل ان أتزوجك اذا تزوجتك فتزوجها يقع الطلاق ويلغو قوله قبل ان أتزوجك ولو قدم ذكر التزوج فقال اذا تزوجتك فأنت طالق قبل ان أتزوجك أو قبل ذلك ثم تزوجها يقع الطلاق عند أبى يوسف وعند محمد لا يقع وجه قول محمد ان المعلق بالشرط يصير كالمنجز عند وجود الشرط فيصير قائلا عند التزوج أنت طالق قبل ان أتزوجك ولو نص على ذلك لا يقع كذا هذا وجه قول أبى يوسف انه أوقع الطلاق بعد التزوج ثم أضاف الواقع الى زمان ماقبل التزوج فتلغو الاضافة ويبقى الواقع على حاله والله عز وجل اعلم ولو أضاف الزوج الطلاق الى ما يستقبل من الزمان فان أضافه الى زمان لا ملك له فى ذلك الزمان قطعا لا يصح كما لو قال لها أنت طالق بعد موتى وكذا اذا قال لها أنت طالق مع موتى أو مع موتك لان معناه بعد موتى أو بعد موتك لان الطلاق معلق بوجود الموت فصار الموت شرطا اذ الجزاء يعقب الشرط فكان هذا ايقاع الطلاق بعد الموت ولا ملك بعد الموت فبطل ولو قال لامرأته وهى أمة انت طالق اثنتين مع عتق مولاك فعتقها مولاها فان زوجها يملك الرجعة لانه تعلق طلاقها بعتق مولاها فصار عتق مولاها شرطا لوقوع الطلاق فيقع بعد تمام الشرط وهى حرة فى ذلك الوقت ولو قال لها اذا جاء غد فانت حرة فجاء غد طلقت اثنتين ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هذا والاول سواء يملك الرجعة ولا خلاف فى ان عدتها ثلاث حيض وجه قول محمد انه علق الطلاق والعتاق بمجىء الغد فكان حال وقوع الطلاق والعتاق واحدا وهو حال مجىء الغد فيقعان معا والعتق حال وقوعه يكون واقعا لان الشىء حال وجوده يكون موجودا والشىء فى حال قيامه يكون قائما وفى حال سواده يكون اسود فالطلقتان يصادفانها وهى حرة فلا تثبت الحرمة الغليظة ولهذا كانت عدتها ثلاث حيض ولهذا لم تثبت الحرمة الغليظة فى المسئلة الاولى كذا هذا وجه قولهما ان الطلاق والعتاق لما علقا بمجىء الغد وقعا معا ثم العتق يصادفها وهى أمة وكذا الطلاق فيثبت الحرمة الغليظة بثنتين بخلاف المسئلة الاولى لان ثمة تعلق الطلاق بالعتق فيقع بعد ثبوت العتق ضرورة على ما بينا بخلاف العدة فان وجوب العدة يعقب الطلاق لان الطلاق يصادفها وهى منكوحة ولا عدة على المنكوحة فلا يكون وجوبها مقارنا لوقوع الطلاق فكان عقيب الطلاق ضرورة وهى حرة فى تلك الحالة فكانت عدتها عدة الحرائر والله عز وجل أعلم فان قال لامرأته أنت طالق غدا أو رأس شهر كذا أو فى غد صح لوجود الملك وقت الاضافة والظاهر بقاؤه الى الوقت المضاف اليه فصحت الاضافة ثم اذا جاء غد أو رأس الشهر فان كانت المرأة فى ملكه أو فى العدة أو فى أول جزء من الغد والشهر يقع الطلاق والا فلا كما فى التعليق وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته أنت طالق متى لم أطلقك وسكت انها طلقت لان متى للوقت فقد أضاف الطلاق الى وقت لا يطلقها فيه فكما فرغ من هذه الالفاظ وسكت وجد هذا الوقت فيقع الطلاق وكذا اذا قال لها أنت طالق ما لم أطلقك لان معنى قوله ما لم أطلقك أى فى الوقت الذى لا أطلقك يقال فى العرف ما دمت تفعل كذا أفعل كذا أى فى الوقت الذى تفعل وقال الله تعالى خبرا عن عيسى عليه الصلاة والسلام وأوصانى بالصلاة والزكاة ما دمت حيا أى وقت حياتى فيصير كانه قال أنت طالق فى الوقت الذى لا أطلقك فكما فرغ وسكت تحقق ذلك الوقت فيقع الطلاق ولو قال ذلك يطلقها موصولا بان قال لها أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق وذكر العبارتين الاخريين فهى طالق هذه التطليقة دون التطليقة المضافة الى زمان لا يطلقها فيه عند أصحابنا الثلاثة وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق تقع هذه الطلقة لا غير عندنا وعند زفر يقع ثلاث تطليقات وجه قوله انه أضاف الطلاق الى وقت لا طلاق فيه وكما فرغ من

قوله ما أطلقك قبل قوله طالق وجد ذلك الوقت فيقع المضاف ولنا ان المضاف اليه وقت خال عن الطلاق ولما قال
انت طالق موصولا بالكلام الاول فلم يوجد وقت خال عن الطلاق لان قوله انت طالق بجملته طلاق لانه كلام
واحد لكونه مبتدأ أو خبرا فلم يوجد بين الكلامين وقت لا طلاق فيه فلا يقع الطلاق المضاف لانعدام المضاف
اليه والله عز وجل أعلم ولو قال أنت طالق غدا وقال عنيت آخر النهار لم يصدق فى القضاء بالاجماع ويصدق فيما بينه
وبين الله تعالى ولو قال أنت طالق فى غد وقال عنيت فى آخر النهار يصدق فى القضاء فى قول ابى حنيفة وقال أبو
يوسف ومحمد لا يصدق فى القضاء وانما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير وان لم يكن له نية يقع فى أول جزء من
الغد بلا خلاف وجه قولهما ان الغد اسم زمان والزمان اذا قرن بالفعل يصير ظرفا له سواء قرن به حرف الظرف وهو
حرف فى أو لم يقترن به فان قول القائل كتبت فى يوم الجمعة ويوم الجمعة سواء فكان ذكر حرف الظرف والسكوت
عنه بمنزلة واحدة ولو لم يذكر ولو قال أنت طالق غدا وقال عنيت آخر النهار لم يصدق فى القضاء ولهذا لو لم يكن له نية يقع
فى أول جزء من الغد ولابى حنيفة ان ما كان من الزمان ظرفا للفعل حقيقة وهو ان يكون كله ظرفا له يذكر بدون
حرف الظرف وما كان منه ظرفا له مجازا وهو ان يكون بعضه ظرفا له والآخر ظرف ظرفه يذكر مع حروف الظرف
فلما قال أنت طالق غدا بدون حرف الظرف فقد جعل الغد كله ظرفا للطلاق حقيقة وانما يكون كله ظرفا للطلاق
حقيقة اذا وقع الطلاق فى أول جزء منه فاذا وقع فى أول جزء منه يبقى حكما وتقديرا فيكون جميع الغد ظرفا له بعضه
حقيقة وبعضه تقديرا اما اذا وقع الطلاق فى آخر النهار لا يكون كل الغد ظرفا له بل يكون ظرف الظرف فاذا قال
عنيت آخر النهار فقد أراد العدول من الظاهر فيما يتهم فيه بالكذب فلا يصدق فى القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله
تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولما قال أنت طالق فى غد فلم يجعل الغد كلمة ظرف للطلاق حقيقة بل جعله ظرف
الظرف وبين ان الظرف الحقيقى للطلاق هو جزء من الغد وذلك غير معين فكان التعيين اليه فاذا قال عنيت آخر
النهار فقد عين فيصدق فى التعيين لانه نوى حقيقة كلامه ونظيره اذا قال ان صمت فى الدهر فعبدى حر فصام
ساعة يحنث ولو قال ان صمت الدهر لا يحنث الا بصوم الابد بالاجماع لما قلنا كذا هذا الا انه اذا لم ينو شيئا يقع
الطلاق فى أول جزء من الغد لان الاجزاء قد تعارضت فترجح الاول منها احتياطا لثبوت الاستحقاق له من وجه
لا احتمال انه ذكر حرف الظرف لتأكيد ظرفية الغد لا لبيان انه ظرف الظرف فترجح الجزء الاول على سائر
الاجزاء عند استواء الكل فى الجواز بثبوت الاستحقاق من وجه فيقع فى الجزء الاول وقد خرج الجواب عن
قولهما ان دخول حرف الظرف فى الغد وعدم الدخول سواء لا نقد بينا انهما يستويان والله عز وجل أعلم ولو قال
لامرأته أنت طالق اليوم وغدا يقع الطلاق فى اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا فالكون ظرفا لن يكون الوقتان جميعا
ظرفا الا عند الوقوع فى أولهما لانه لو أخر الوقوع الى الغد لكان الظرف أحدهما ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو
غدا اليوم يؤخذ باول الوقتين الذى تفوه به لانه فى الاول أوقع الطلاق فى اليوم ووصف اليوم بانه غد وهو محال فلغا
قوله غدا وبقى قوله اليوم فيقع الطلاق فى اليوم وفى الثانى أضاف الطلاق الى الغد ووصف الغد بانه اليوم وهو محال
فلغا قوله اليوم وبقى قوله غدا فيقع الطلاق فى غد ولو قال لها أنت طالق متى شئت أو متى ما شئت أو اذا شئت أو اذا
ما شئت أو كلما شئت لا يقع الطلاق ما لم تشأ فاذا شاءت وقع لانه أضاف الطلاق الى وقت مشيئتها ووقت مشيئتها
هو الزمان الذى توجد فيه مشيئتها فاذا شاءت فقد وجد ذلك الزمان فيقع ولا يقتصر هذا على المجلس بخلاف قوله ان
شئت وما يجرى مجراه لان هذا اضافة وذا تمليك لما نبين فى موضعه وعلى هذا الاصل يخرج الطلاق فى العدة وجملة
الكلام فيه ان المرأة لا تخلو اما ان كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن أو خلع فان كانت معتدة من طلاق رجعى
يقع الطلاق عليها سواء كان صريحا أو كناية لقيام الملك من كل وجه لان الطلاق الرجعى لا يزيل الملك ولهذا يصح
ظهاره وايلاؤه ويثبت اللعان بينهما وهذه الاحكام لا تصح الا فى الملك وان كانت معتدة من طلاق بائن أو خلع وهى

المبانة أو المختلعة فيلحقها صريح الطلاق عند أصحابنا وقال الشافعي لا يلحقها وجه قوله ان الطلاق تصرف في الملك بالازالة والملك قد زال بالخلع والابانة وازالة الزائل محال ولهذا لم يصح الخلع والابانة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة وهذا نص في الباب ولانها بالخلع والابانة لم تخرج من ان تكون محلا للطلاق لان حكم الطلاق ان كان ما ينبئ عنه اللفظ لغة وهو الانطلاق والتخلي وزوال القيد فهي محل لذلك لانها مقيدة في حال العدة لانها ممنوعة عن الخروج والبروز والتزوج بزوج آخر والقيد هو المنع وان كان ما لا ينبئ عنه اللفظ لغة وهو زوال حل المحلية شرعا فحل المحلية قائم لانه لا يزول الا بالطلقات الثلاث ولم توجد فكانت المبانة والمختلعة محلين للطلاق وبه تبين ان قوله الطلاق تصرف في الملك بالازالة غير سديد لان زوال الملك لا ينبئ عنه اللفظ لغة ولا يدل عليه شرعا ألا ترى ان الطلاق الرجعي واقع ولا يزول الملك بالاجماع ولو راجعها لا ينعدم الطلاق بل يبقى أثره في حق زوال المحلية وان انعدم أثره في حق زوال الملك بخلاف الابانة لانها ازالة الملك والملك دليل وأما الكناية فهل يلحقها ينظر ان كانت رجعية وهي ألفاظ وهي قوله اعتدي واستبري رحمك وأنت واحدة يلحقها في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه لا يلحقها حتى لو قال لها اعتدي لا يلحقها شيء وجه هذه الرواية ان هذه كناية والكناية لا تعمل الا في حال قيام الملك كسائر الكنايات وجه ظاهر الرواية ان الواقع بهذا النوع من الكناية رجعي فكان في معنى الصريح فيلحق الخلع والابانة في العدة كالصريح وان كانت بائنة كقوله أنت بائن ونحوه ونوى الطلاق لا يلحقها بلا خلاف لان الابانة قطع الوصلة والوصلة منقطعة فلا يتصور قطعها ثانيا بخلاف الطلاق لانه ازالة القيد وازالة حل المحلية وكل ذلك قائم ولانه يمكن تصحيح هذا الكلام بطريق الاخبار لان المخبر به على ما أخبر ولا يمكن تصحيحه بطريق الانشاء لان ابانة المبان محال فيصحح بطريق الاخبار لانه يكون كذبا فيصحح بطريق الانشاء ولان الابانة تحريم شرعا وهي محرمة وتحريم المحرم محال وسواء نجز الابانة في حال قيام العدة أو علقها بشرط بان قال لها في العدة ان دخلت هذه الدار فأنت بائن ونوى الطلاق حتى لو دخلت الدار وهي في العدة لا يقع الطلاق لان الابانة قطع الوصلة فلا ينعقد الا في حال قيام الوصلة وهو الملك ولم يوجد فلا ينعقد ولو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت بائن أو حرام ونحو ذلك ثم أبانها أو خلعها ثم دخلت الدار وهي في العدة وقعت عليها تطليقة بالشرط في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقع ويبطل التعليق وجه قوله ان التعليق بالشرط يصير تنجيزا عند الشرط تقديرا ولو نجز الابانة عند الشرط لا يقع شيء لعدم الملك (ولنا) ان التعليق وقع صحيحا لقيام الملك عند وجوده من كل وجه فانعقد موجبا للبينونة وزوال الملك عند وجود الشرط من كل وجه الا ان الابانة الطارئة أوجبت زوال الملك من وجه للحال وبقي من وجه حال قيام العدة لقيام بعض آثار الملك فخرج التعليق من ان يكون سببا لزوال الملك عند الشرط من كل وجه لزوال الملك من وجه للحال بالتنجيز فبقي سببا لزوال الملك من وجه وفيه تصحيح التصرفين في حق الحكم بقدر الامكان فكان أولى من تصحيح أحدهما وابطال الآخر بخلاف تنجيز الابانة على المعتدة المبانة وتعليقها انهما لا يصحان لان ثمة الملك وقت التنجيز والتعليق قائم من وجه دون وجه فقيامه من وجه لقيام العدة يوجب الصحة وزواله من وجه يمنع الصحة وما لم تعرف صحته اذا وقع الشك في صحته لا يصح بالشك بخلاف التعليق في مسألتنا لانه وقع صحيحا بيقين لقيام الملك من كل وجه فتنجيز الابانة المعترضة يقع الشك في بطلانه فلا يبطل مع الشك فهو الفرق بين الفصلين والله عز وجل أعلم ولو آلى منها لم يصح ايلاؤه في حكم البر لان الايلاء في حق أحد الحكمين وهو البر تعليق الابانة شرعا وشرط البر وهو عدم القربان في المدة وقيام الملك شرط صحة الابانة تنجيزا كان أو تعليقا كما في التعليق الحقيقي على ما مر لان الطلاق في الايلاء انما يقع عند مضي المدة من غير قربانها ويصير فيه ظالما بمنع حقها في الوطء في المدة ولا حق للمبانة والمختلعة في الوطء فلا يصح الايلاء في حق الطلاق ولو آلى من زوجته ثم أبانها ونوى الطلاق أو خلعها قبل مضي أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر قبل أن يقربها وهي في العدة وقع الطلاق

عنـد نا خلافا لزفر بناء على ان الابانة الناجزة يلحقها الابانة بتعليق سابق عنـد نا خلافا له ولا يصح ظهاره من المبانة والمختلعة لان الظهار تحريم والحرمة قد ثبتت بالابانة والخلع السابق وتحريم المحرم ممتنع ولو علق الظهار بشرط في الملك بان قال لامرأته ان دخلت الدار فانت على كظهر أمى ثم أبانها فدخلت الدار وهي في العدة لا يصير مظاهرا منها بالاجماع وهذا حجة زفر و وجه الفرق لنا بين الظهار و بين الـكناية البائنة من وجهين أحدهما ما ذكرنا ان الظهار يوجب حرمة مؤقتة بالـكفارة وقد ثبتت الحرمة بالابانة من كل وجه فلا يحتمل التحريم بالظهار بخلاف الـكناية المنجزة لانها توجب زوال الملك من وجه دون وجه قبل انقضاء العدة فلا يمنع ثبوت حكم التعليق والثانى ان الظهار يوجب حرمة ترتفع بالـكفارة والابانة توجب حرمة لا ترتفع الا بنكاح جديد فكانت الحرمة الثابتة بالابانة أقوى الحرمتـين والثابتـة بالظهار أضعفهما فلا تظهر بمقابلة الاقوى بخلاف تنجيز الـكناية وتعليقها فان كل واحد منهـما في ايجاب البينونة و زوال الملك على السواء فيعمل بهما بالقدر الممكن وفي قولنا عمل بهما جميعا على ما بينا ولو خيرها في العـدة لا يصح بان قال لها اختارى فاختارت نفسها في العدة حتى لا يقع شيء بالاجماع لان التنجيز تمليك والتمليـك بلا ملك لا يتصور ولو قال لامرأته اذا جاء غد فاختارى ثم أبانها فاختارت نفسها في العدة لا يقع شيء بالاجماع وهذا أيضا حجة زفر والفرق لنا بين التنجيز و بين تعليق الـكناية الثابتة بشرط انه لما قال لها اذا جاء غد فاختارى فقد ملكها الطلاق غـدا ولما أبانها فقد أزال الملك للحال من وجه و بقي من وجه على ما بينا والملك من وجه لا يكفي للتمليـك ويكفي للازالة كما في الاستيلاد والتدبير المطلق حتى لا يجوز بيع أم الولد والمدبر المطلق و يجوز اعتاقهما كذا هذا ولان التنجيز يعتبر فيه جانب الاختيار لا جانب التنجيز والتعليق يعتبر فيه جانب اليمين لا جانب الشرط بدليل انه لو شهد شاهـدان بالتنجيز وشاهدان بالاختيار ثم رجع الشهود فالضمان على شاهدى الاختيار لا على شاهدى التنجيز و بمثله لو شهد شاهدان باليمين وشاهدان بالدخول ثم رجعوا ضمن شهود اليمين لا شهود الدخول واذا كان المعتبر في التنجـيز هو اختيار المرأة لا تخيير الزوج يعتبر قيام الملك وقت اختيارها وهي مبانة وقت اختيارها فلم يقع شيء ولما كان المعتبر في التعليق هو اليمين لا الشرط يعتبر قيام الملك وقت اليمين لا وقت الشرط ولو قذفها بالزنا لا يلاعن لان اللعان لم يشرع الا بين الزوجـين قال الله سبحانه وتعالى والذين يرمون أزواجهم والزوجية قد انقطعت بالابانة والخلع وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة كحرمة المصاهرة والرضاع فان الطلاق لا يلحقها وان كانت في العدة لان تحريم المحرم لا يتصور ولان الثابت بالطلاق حرمة مؤقتة والثابت بالرضاع والمصاهرة حرمة مؤبدة والحرمة المؤبدة أقوى الحرمتين فلا يظهر الاضعف في مقابلة الاقوى وكـذلك لو اشـترى امرأته بعـد ما دخـل بها لا يلحقها الطلاق لانها ليست بمعتدة الا ترى أنه يحـل له وطؤها ولا يحـل وطء المعتـدة بحال وكذا لو قال لمنكوحته وهي أمة الغـير أنت طالق للسـنة ثم اشتراها وجاء وقت السنة لا يقع شيء لما ذكرنا انها ليست بمعتدة والطلاق المعـلق بشرط أو المضاف الى وقت لا يقع في غـير ملك النكاح والعـدة ولو قال العبد لامرأته وهي حرة أنت طالق للسـنة ثم أبانها ثم جاء وقت السـنة يقع عليها الطلاق لانها معتدة منه وكذلك اذا قال الرجـل لامرأته وهي أمة الغير أنت طالق للسـنة ثم اشتراها فاعتقها ثم جاء وقت السنة وقع عليها الطلاق لانهـا معتدة منـه لظهور حكم العدة بعد الاعتاق واذا ارتد الرجـل ولحق بدار الحرب فطلق المرأة لم يقـع على المرأة طلاقـه وان كانت في العـدة لان العصمة قد انقطعت بينهما بلحاقه بدار الحرب فلا يقع عليها طلاقـه كما لا يقع على المرأة طلاقه بعد انقضاء العـدة فان عاد الى دار الاسلام وهي في العـدة وقع طلاقه عليهـا لان المانع من الطلاق اختلاف الدارين وقـد زال فان ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب فطلق المرأة لم يقع طلاق الزوج عليهـا لان العصمة قد انقطعت بلحاقهـا في بدار الحرب فصارت كالمنقضـية العـدة فان عادت قبل الحيض لم يقع طلاق الزوج عليها في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يقع طلاقه عليها (وجـه) قول أبي يوسف ان العدة باقية حقيقة الا أنه لم يظهر حكمها للحـال لمانع وهو اللحاق لاختـلاف الدارين فان عادت الى دار الاسـلام فقـد زال المانع فظهر حكم

العدة كما فى جانب الرجل ولابى حنيفة ان المرتدة بلحاقها بدار الحرب صارت كالحربية الاصلية ألا ترى أنها تسترق كالحربية فبطلت العدة فى حقها أصلا فلا تعود بعودها الى دار الاسلام بخلاف المرتد وعلى هذا الاصل يخرج عدد الطلاق قبل الدخول انه ان أوقع مجتمعا يقع الكل وان أوقع متفرقا لا يقع الا الاول لان الايقاع اذا كان مجتمعا فقد صادف الكل محله وهو الملك فيقع الكل واذا كان متفرقا فقد بانت بالاول والثانى والثالث صادفها ولا ملك ولا عدة فلا يقع وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق ثلاثا أو قال أنت طالق ثنتين وقع ذلك عند عامة العلماء وقال الحسن البصرى لا يقع الا واحدة ويلغو قوله ثلاثا أو ثنتين (وجه) قوله ان قوله أنت طالق كلام تام لكونه مبتدأ وخبرا وقد سبق العدد فى الذكر فيسبق فى الوقوع فتبين بقوله أنت طالق والعدد يصادفها بعد حصول البينونة فيلغو كما اذا قال أنت طالق وطالق (ولنا) انه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة ودلالة الوصف من وجهين أحدهما أن العدد هو الواقع وهو الثلاث وقد أوقع الثلاث مجتمعا والثانى ان الكلام انما يتم بآخره لان المتكلم ربما يعلق كلامه بشرط أو بصفة الى وقت أو يلحق به الاستثناء لحاجته الى ذلك فيقف أول الكلام على آخره واذا وقف عليه صار الكل جملة واحدة فيقع الكل جملة واحدة ولا يتقدم البعض على البعض ولهذا لو قال لها أنت طالق واحدة فماتت بعد قوله طالق قبل قوله واحدة لم يقع شئ لان الواقع هو العدد وذلك وجد بعد الموت وكذا لو قال لها أنت طالق ثلاثا ان شاء الله فماتت بعد قوله ثلاثا قبل قوله ان شاء الله لا يقع شئ لانه توقف أول الكلام على وجود آخره المغير له فلم يتعلق بأوله حكم فلا يقع به شئ فى حال الحياة ولا يقع بعد الموت لعدم التطليق عند وجود الاستثناء وعدم المحل أيضا وكذلك اذا ذكر بعد ماهو صفة له وقع بتلك الصفة كما اذا قال أنت طالق بائن أو حرام لان الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا ينفصل البعض عن البعض فى الوقوع وفائدة هذا لا تظهر فى التنجيز لان الطلاق قبل الدخول لا يقع الا بائنا سواء وصفه بالبينونة أم لم يصفه وانما تظهر فى التعليق بان يقول لها أنت طالق بائن ان دخلت الدار انه لا يتنجز بل يتعلق بالدخول لان قوله بائن بين الايقاع والشرط لا يقع فاصلا بينهما لما ذكرنا أن الصفة مع الموصوف كلام واحد فلا يكون حائلا بين الايقاع والشرط فلا يمنع التعليق بالشرط ولو قال لها أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة يقع ثنتان لان كلمة مع للمقارنة فقد أوقع الطلاقين معا فيقعان معا كما لو كانت مدخولا بها وكذا لو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعد واحدة لان هذا ايقاع طلقة واحدة للحال واضافة طلقة أخرى الى الزمان الماضى فيقع فى الحال واحدة ولم تصح اضافة الاخرى الى الماضى لما فيه من الاستحالة فيقع فى الحال ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو واحدة بعدها واحدة يقع واحدة لانه أوقع تطليقة واحدة وأعقبها بتطليقة أخرى فوقعت الاولى ولغت الثانية لعدم الملك والعدة ولو كرر لفظ الطلاق فالامر لا يخلو اما ان كرر بدون حرف العطف واما ان يكون بحرف العطف وكل ذلك لا يخلو اما ان نجز أو علق فان كرر بغير حرف العطف ونجز بان قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق أو قال أنت طالق طالق طالق يقع الاولى ويلغو الثانية والثالثة لانه أوقع متفرقا أما فى قوله أنت طالق أنت طالق أنت طالق فلان كل واحد من هذه الالفاظ الثلاثة كلام تام لانه مبتدأ وخبر وكل واحد منهما وجد متفرقا فكان كل واحد منهما ايقاعا متفرقا فيقتضى الوقوع متفرقا فتحصل البينونة بالاولى والثانى والثالث يصادفها ولا ملك ولا عدة فيلغوا وكذلك اذا قال أنت طالق طالق طالق لان الثانى والثالث خبر لا مبتدأ له فيعاد المبتدا كانه قال أنت طالق أنت طالق وان علق بشرط فان قدم الشرط بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق طالق طالق فالاولى يتعلق بالشرط لوجود التعليق الصحيح وهو ذكر شرط وجزاء فى الملك والثانى ينزل فى الحال لان قوله أنت طالق ايقاع تام وقوله وطالق معناه أنت طالق وانه ايقاع تام لانه مبتدأ وخبر وقد صادف محله وهو المنكوحة فيقع ويلغو الثالث لوقوع البينونة بالايقاع ولو تزوجها ودخلت الدار ينزل المعلق لان اليمين باقية لانها لا تبطل بالابانة فوجد الشرط وهى فى ملكه فينزل الجزاء ولو دخلت الدار بعد البينونة قبل التزوج تنحل اليمين ولا

يقع الطلاق وان كانت مدخولا بها فالاول يتعلق بالشرط لما ذكرنا والثاني والثالث ينزلان للحال لان كل واحد منهما ايقاع صحيح لمصادفته محله وان أخر الشرط بأن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ان دخلت الدار أو قال أنت طالق طالق طالق ان دخلت الدار فالاول ينزل في الحال لانه ايقاع تام صادف محله و يلغو الثاني والثالث بحصول البينونة بالاولى فلم يصح التعليق لعدم الملك وان كانت مدخولا بها يقع الاول والثاني للحال و يتعلق الثالث بالشرط لان الاول والثاني كل واحد منهما ايقاع تام لكونه مبتدأ أو خبرا وقد صادف محله فوقع للحال والثالث علقه بالشرط فتعلق به لحصول التعليق حال قيام العدة فصادف التعليق محله فصح بخلاف الفصل الاول وان كرر بحرف العطف فان نجز الطلاق بأن قال أنت طالق ثم طالق ثم طالق أو قال أنت طالق فطالق فطالق لا يقع الا الاول بلا خلاف لانه أوقع الثلاث متفرقا لوجود حروف موضوعة للتفرق لان ثم للترتيب مع التراخي والفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الطلقة الاولى يمنع من ترتيب الثانية والثالثة عليها وكذلك اذا قال أنت طالق وطالق وطالق عند عامة العلماء وقال مالك يقع الثلاث (وجه) قوله ان الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكان هذا ايقاع الثلاث جملة واحدة كأنه قال أنت طالق ثلاثا (ولنا) ان الواو للجمع المطلق والجمع المطلق في الوجود لا يتصور بل يكون وجوده على أحد الوضعين عينا اما القران واما الترتيب فان كان الوقوع بصفة الترتيب لا يقع الا الاول وان كان بصفة القران يقع الثاني والثالث فيقع الشك في وقوع الثاني والثالث فلا يقع بالشك وان علق بشرط فاما ان قدم الشرط على الجزاء واما ان أخره عنه فان قدمه بأن قال ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق تعلق الكل بالشرط بالاجماع حتى لا يقع شئ قبل دخول الدار فاذا دخلت الدار قبل الدخول بها لا يقع الا واحدة في قول أبي حنيفة وان دخلت الدار قبل الدخول بها فيقع الثلاث بالاجماع لكن عند أبي حنيفة على التعاقب وعندهما يقع على الجمع وعلى هذا الخلاف اذا قال لاجنبية ان تزوجتك فانت طالق وطالق وطالق فتزوجها لا يقع الا واحدة عنده وعندهما يقع الثلاث ولو قال ان تزوجتك فانت طالق وأنت على كظهر أمي فتزوجها طلقت ولم يصر مظاهرا منها عنده خلافا لهما ولو قدم الظهار على الطلاق بان قال ان تزوجتك فانت على كظهر أمي وأنت طالق يقع الطلاق والظهار جميعا بالاجماع (وجه) قولهما انه أوقع الثلاث جملة واحدة فيقع جملة واحدة كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا ودلالة الوصف انه جمع التطليقات الثلاث بحرف الجمع وهو الواو والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع لغة وشرعا أما اللغة فان قول القائل جاءني زيد وزيد وزيد وقوله جاءني الزيدون سواء وأما الشرع فان من قال لفلان على الف درهم ولفلان كان الالف بينهما كما لو قال لهذين الرجلين على الف درهم وكذا الفضولي اذا زوج رجلا امرأة وفضولي آخر زوج أخت تلك المرأة من ذلك الرجل فبلغه النكاحان فقال أجزت نكاح هذه وهذه بطل النكاحان جميعا كما لو قال أجزت نكاحهما فثبت ان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ولو جمع بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هذه الدار فأنت طالق ثلاثا لوقع الثلاث سواء دخلتها قبل الدخول بها أو بعد الدخول كذا هذا ولا يلزم التنجيز فانه لو ذكر لفظ الجمع قبل الدخول بها بان قال أنت طالق ثلاثا يقع الثلاث ولو ذكر بحرف الجمع لا يقع الا واحدة بان قال لها أنت طالق وطالق وطالق لان العطف والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع اذا صح العطف والجمع في التنجيز لم يصح لانه لما قال لها أنت طالق فقد بانت بواحدة لعدم العدة فامتنع وقوع الثاني والثالث لانعدام محل الطلاق بخلاف التعليق بالشرط لان التعليق بالشرط قد صح وصح التكلم بالثاني والثالث لان ملكه قائم بعد التعليق فصح التكلم به واذا صح التكلم بحرف الجمع صار التكلم به كالتكلم بلفظ الجمع ولهذا وقع الثلاث اذا أخر الشرط كذا هذا ولابي حنيفة ان قوله ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق ايقاع الثلاث متفرقا في زمان ما بعد الشرط فيقتضي الوقوع متفرقا كما اذا قال لامرأته قبل الدخول بها أنت طالق واحدة بعدها أخرى ولا شك ان الايقاع ان كان متفرقا يكون الوقوع متفرقا لان الوقوع على حسب الايقاع لانه حكمه والحكم يثبت

على

على وفق العلة والدليل عليه انه أوقع الثلاث فى زمان ما بعد الشرط لان الايقاع هو كلامه السابق اذلا كلام منه سواه وكلامه متفرق فان قوله طالق كلام تام مبتدأ أو خبر وقوله وطالق معطوف على الاول تابعا فيكون خبر الاول خبرا له كانه قال أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق وهذه كلمات متفرقة فيكون الاول متفرقا ضرورة فيقتضى الوقوع متفرقا وهو ان يقع الاول ثم الثانى ثم الثالث فان لم تكن المرأة مدخولا بها فدخول الاول يمنع وقوع الثانى والثالث عقيبه لانعدام الملك والعدة ولهذا لم يقع فى التنجيز الا واحدة لكون الايقاع متفرقا الا ان هناك أوقع متفرقا فى الحال فى زمان بعد الشرط ولا يلزم ما اذا قال لها ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثلاثا فدخلتها انه يقع الثلاث لان هناك ما أوقع الثلاث متفرقا بل أوقعها جملة واحدة لان قوله أنت طالق ثلاثا موضوع العدد معلوم لغة ألا ترى ان فى التنجيز كذلك فكذا فى التعليق ولا يلزم ما اذا أخر الشرط لانهم وضعوا هذا الكلام عند تأخير الشرط ذكرا لايقاع الثلاث جملة وان كان متفرقا من حيث الصورة لضرورة دعتهم الى ذلك وهى ضرورة تدارك الغلط لان الطلاق والعتاق مما يجرى على اللسان غلطا من غير قصد فوضعوا الشرط والاستثناء فى الكلام لتدارك الغلط حتى اذا لم يكن ذلك عن قصد الحق الرجل به الاستثناء فيقول ان شاء الله تعالى أو يقول ان دخلت الدار فصار هذا الكلام عند تأخير الشرط لايقاع الثلاث جملة وضعا وان كان من حيث الصورة متفرقا لحاجتهم الى تدارك الغلط وهم أهل اللسان فلهم ولاية الوضع والحاجة الى تدارك الغلط عند تأخير الشرط لا عند تقديمه فيجب العمل بحقيقة الوضع الآخر عند التقديم ولا يلزم ما اذا قال لامرأته ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال فى اليوم الثانى ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال فى اليوم الثالث ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم دخلت الدار انه يقع الثلاث وان كان الايقاع متفرقا لان هناك ما أوقع الثلاث متفرقا فى زمان ما بعد الشرط لان ذلك الكلام ثلاثة أيمان كل واحدة منها جعلت علما على الانطلاق فى زمان واحد بعد الشرط فكان زمان ما بعد الشرط وهو دخول الدار وقت الحنث فى الايمان كلها فيقع جملة ضرورة حتى لو قال لها ان دخلت هذه الدار فانت طالق ثم قال فى اليوم الثانى ان دخلت هذه الدار الاخرى فانت طالق ثم قال فى اليوم الثالث ان دخلت هذه الدار فانت طالق لا يقع بكل دخلة الا طلاق واحد لان الموجود ثلاثة أيمان لكل واحد شرط على حدة بخلاف مسئلتنا فان الموجود يمين واحدة ولها شرط واحد وقد جعل الحالف جزاء هذه اليمين ايقاعات متفرقة فى زمان ما بعد الشرط فلا بد من تفرق الايقاعات فى زمان ما بعد الشرط فيقع كل جزاء فى زمن كما فى قوله ان دخلت هذه الدار فانت طالق واحدة بعد ما أخرى بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق ونصف لان هناك ما أوقع متفرقا بل مجتمعا لان قوله طالق ونصف اسم واحد يسمى واحدا وان كان النصف معطوفا على الواحد كقولنا أحد وعشرون ونحو ذلك فكان ذلك تطليقتين على الجمع ولهذا كان فى التخيير كذلك فكذلك فى التعليق وبخلاف قوله ان دخلت الدار فانت طالق واحدة لا بل ثنتين لان ذلك ايقاع الثلاث علة فى زمان ما بعد الشرط لانه أوقع الواحدة ثم تدارك الغلط باقامة الثنتين مقام الواحدة والرجوع عن الاول والرجوع لم يصح لان تعليق الطلاق لا يحتمل الرجوع عنه وصح ايقاع التطليقتين فكان ايقاع الثلاث بعد الشرط فى زمان واحد كانه قال ان دخلت الدار فانت طالق ثلاثا وههنا بخلافه وأما قوله انه جمع بين الايقاعات بحرف الجمع وهو الواو فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان الواو للجمع المطلق من غير التعرض لصفة القران والترتيب والجمع المطلق فى الوجود لا يتصور لانه لا يوجد الا مقيدا باحد الوصفين فبعد ذلك حمله على القران يكون عدولا عن حقيقة الكلمة وجعلها مجازا عن كلمة مع ونحن نحمله على الترتيب ونجعله مجازا عن كلمة ثم فوقع التعارض فسقط الاحتجاج بحرف الواو مع ان الترجيح معنا من وجهين أحدهما ان الحمل على الترتيب موافق للحقيقة لوجود الايقاع متفرقا حقيقة لا موجب حرف الواو والحمل على القران يخالف الحقيقة فكان الحمل على الترتيب أولى والثانى ان الحمل على الترتيب يمنع من وقوع الثانى والثالث

والحمل على القران يوجب الوقوع فلا يثبت الوقوع بالشك على الاصل المعهود ان مالم يكن ثابتا ووقع الشك فى ثبوته لا يثبت بالشك بخلاف مسئلة الفضولى فانه كما لا يجوز الجمع بين الاختين على المقارنة لا يجوز على الترتيب فامكن العمل بحرف الواو فيما يقتضيه وهو الجمع المطلق وفى مسئلة الاقرار توقف أول الكلام على آخره لضرورة تدارك الغلط والنسيان اذ قد يكون على انسان حق لاثنين فيقر بكل الحق لاحدهما على السهو والغفلة ثم يتذكر فيتدارك بهذه اللفظة فوقف أول الكلام على آخره وصارت الجملة اقرارا واحدا لهما للضرورة كما قلنا فى تأخير الشرط فى الطلاق ومثل هذه الضرورة فى مسئلتنا منعدمة فيجب العمل بالحقيقة ولو علق بحرف الفاء بان قال ان دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فجعل الكرخى والطحاوى حرف الفاء ههنا كحرف الواو وأثبتا الخلاف فيه والفقيه أبو الليث جعله مثل كلمة بعد وعده مجمع عليه فقال اذا كانت غير مدخول بها لا يقع الا واحدة بالاجماع وهكذا ذكر الشيخ الامام الاجل الاستاذ علاء الدين رحمه الله تعالى وهذا أقرب الى الفقه لان الفاء للترتيب مع التعقيب ووقوع الاول يمنع من تعقب الثانى والثالث ولو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فالاول يتعلق بالشرط والثانى يقع للحال ويلغو الثالث فى قول أبى حنيفة كما اذا لم يذكر الواو ولا الفاء بان قال ان دخلت الدار فانت طالق طالق طالق فان تزوجها او دخلت الدار ولم تكن دخلت قبل ذلك الدار نزل المعلق وان كانت مدخولا بها يتعلق الاول بالشرط وتقع الثانية والثالثة فى الحال فان دخلت الدار وهى فى العدة أو دخلتها بعد ان راجعها نزل المعلق وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط حتى لا يقع شئ فى الحال واذا دخلت الدار يقع واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث على التعاقب كما اذا قال ان دخلت الدار فانت طالق واحدة وبعدها واحدة وبعدها واحدة وكما قال أبو حنيفة فى حرف الواو وجه قولهما ان عطف البعض على البعض بحرف العطف لان ثم حرف عطف كالواو فيتعلق الكل بالشرط ثم الوقوع بعد الشرط يكون على التعاقب بمقتضى حرف ثم لانه للترتيب مع التراخى فيعتبر أن معنى العطف فى التعليق ومعنى الترتيب فى الوقوع على ما نذكر ولابى حنيفة أن قوله ان دخلت الدار فانت طالق يمين تامة لوجود الشرط والجزاء وانها منعقدة لحصولها فى الملك فلما قال ثم طالق فقد تراخى الكلام الثانى عن الاول فصار كانه سكت ثم قال لها أنت طالق فيقع فى الحال ولا يتعلق بالشرط وأبو حنيفة يعتبر معنى الكلمة وهو التراخى فى نفس الكلام فكان الفصل بين الكلام الاول والثانى بالتراخى كالفصل بالسكوت على ما نذكر ان شاء الله تعالى ولو أخر الشرط بان قال أنت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار أو قال أنت طالق فطالق فطالق ان دخلت الدار تعلق الكل بالشرط فان وجد الشرط يقع الثلاث بالاجماع لان أهل اللغة وضعوا هذا الكلام على تأخير الشرط لايقاع الثلاث جملة فى زمان ما بعد الشرط لحاجتهم الى تدارك الغلط على ما ينافيما تقدم ولو قال أنت طالق ان دخلت الدار أنت طالق ان دخلت الدار أنت طالق ان دخلت الدار أو قدم الشرط بان قال ان دخلت فانت طالق قال ذلك ثلاثا يتعلق الكل بالدخول فما لم تدخل لا يقع شئ واذا دخلت الدار دخلة واحدة يقع الثلاث بالاجماع لما قلنا ان هذه ايمان ثلاثة لها شرط واحد كل يمين ايقاع الطلاق الثلاث فى زمان واحد وهو ما بعد الشرط فكان ايقاع الثلاث جملة فى زمان ما بعد الشرط لا متفرقا فاذا وجد الشرط يقع جملة ولو قال أنت طالق ثم طالق ان دخلت الدار فالاول يقع للحال ويلغو الثانى والثالث فى قول أبى حنيفة وان كانت مدخولا بها يقع الاول والثانى للحال ويتعلق الثالث بالشرط وقال أبو يوسف ومحمد يتعلق الكل بالشرط ولا يقع الا واحدة وان كانت مدخولا بها يقع الثلاث سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها وجعل ثم عندهما فى هذه الصورة كالواو والفاء وجه قولهما على ظاهر الرواية عنهما ان ثم حرف عطف كالواو والفاء ولها معنى خاص وهو التراخى فيجب اعتبار المعنيين جميعا فاعتبرنا معنى العطف فى تعليق الكل بالشرط كما فى حرف الواو والفاء واعتبرنا معنى التراخى فى الوقوع وهذا يمنع وقوع الثانية والثالثة قبل الدخول بها وجه قول أبى حنيفه ان كلمة ثم موضوعة

للتراخى

للتراخي وقد دخلت على الايقاع فيقتضي تراخي الثاني عن الاول في الايقاع كانه قال أنت طالق وسكت ثم قال فطالق وطالق ان دخلت الدار فيقع الاول للحال و يلغو الثاني والثالث لانهما حصلا بعد ثبوت البينونة بالاول فلا يقعان في الحال ولا يتعلقان بالشرط أيضا لانعدام الملك وقت التعليق فلم يصح التعليق فالحاصل انهما يعتبران معنى التراخي في الوقوع لا في الايقاع وأبوحنيفة يعتبر معنى التراخي في الايقاع لان الحكم الايقاع واعتبار أبي حنيفة أولى لان كلمة التراخي دخلت على الايقاع والتراخي في الايقاع يوجب التراخي في الوقوع لان الحكم يثبت على وفق العلة فاما القول بتراخي الوقوع من غير تراخي الايقاع فقول باثبات حكم العلة على وجه لا تقتضيه العلة وهذا لا يجوز وروى عن أبي يوسف فيمن قال لامرأته أنت طالق استغفر الله ان دخلت الدار موصولا أو قال سبحان الله أو الحمد لله انه يدين فيما بينه و بين الله تعالى و يقع في القضاء في الحال لان هذا كلام لا تعلق له بالطلاق فيكون فاصلا بين الجزاء والشرط فيمنع التعليق كما لو سكت بينهما من غير ضرورة السعال فيقع في الحال في القضاء ولا يصدق ان أراد به التعليق لانه خلاف الظاهر و يدين فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه وكذا اذا تنحنح من غير سعال غشيه أو تساعل لانه لما تنحنح من غير ضرورة أو تساعل فقد قطع كلامه فصار كما لو قطعه بالسكوت ولو قال أنت طالق واحدة وعشرين أو واحدة وثلاثين أو واحدة وأربعين أو قال أحد وعشرين أو أحد وثلاثين أو أحد وأربعين وقعت ثلاثا في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يقع الا واحدة وجه قوله انه أوقع الثلاث متفرقا لانه عطف عددا على عدد فوقوع الاول يمنع وقوع الثاني كما اذا قال لها أنت طالق وطالق أو فطالق ولنا أن قوله أحد وعشرين في الوضع كلام واحد وضع لمسمى واحد ألا ترى أنه لا يمكن أن يتكلم به الا على هذا الوجه فلا يفصل البعض عن البعض كقوله أنت طالق ثلاثا وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق اثنتين وعشرين أو اثنتين وثلاثين أو اثنتين وأربعين أو قال اثني وعشرين أو اثني وثلاثين أو اثني وأربعين انه ثلاث عندنا وعند زفر اثنتان لما قلنا ولو قال أنت طالق احدى عشرة يمكن أن يتكلم على غير هذا الوجه بان يأتي باللفظ المعتاد فيقول احدى عشرة أو أحد عشر فاذا لم يقل يعتبر عطفا على الواحد فكان ايقاع العشرة بعد الواحد فلا يصح كما لو قال أنت طالق وطالق أو فطالق أو ثم طالق وذكر الكرخي عن أبي يوسف في احدى وعشرة انه ثلاث لانه يفيد ما يفيده قولنا أحد عشر فكان مثله ولو قال أنت طالق واحدة ومائة أو واحدة وألفا كان واحدة كذا روى الحسن عن أبي حنيفة لانه كان يمكنه أن يتكلم به على غير هذا الوجه وهو أن يقول مائة وواحدة وألفا وواحدة لان هذا هو المعتاد فاذا قدم الواحدة فقد خالف المعتاد فلا يمكن أن يجعل الكل عددا واحدا فيجعل عطفا فيمتنع وقوع مازاد على الواحدة وقال أبو يوسف اذا قال واحدة ومائة تقع ثلاثا لان التقديم والتأخير في ذلك معتاد ألا ترى انهم يقولون في العادة مائة وواحدة وواحدة ومائة على السواء ولو قال أنت طالق واحدة ونصفا يقع اثنتان في قولهم لان هذه جملة واحدة ألا ترى انه لا يمكنه أن يتكلم بها الا على هذا الوجه فكان هذا اسما لمسمى واحد والطلاق لا يتجزأ فكان ذكر بعضه ذكرا للكل فكان هذا ايقاع تطليقتين كانه قال لها أنت طالق ثنتين ولو قال أنت طالق نصفا وواحدة يقع عليها ثنتان عند أبي يوسف وعند محمد واحدة له أن التكلم على هذا الوجه غير معتاد بل العادة قولهم واحدة ونصفا فاذا عدل عن المعتاد لم يمكن أن يجعل الكل عددا واحدا فيجعل عطفا وأبو يوسف يقول الاستعمال على هذا الوجه معتاد فانه يقال واحدة ونصفا وواحدة على السواء ومنها الاضافة الى المرأة في صريح الطلاق حتى لو أضاف الزوج صريح الطلاق الى نفسه بان قال أنا منك طالق لا يقع الطلاق وان نوى وهذا عندنا وقال الشافعي الاضافة الى المرأة في صريح الطلاق حتى لو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ونوى الطلاق يصح وجه قوله ان الزوج أضاف الطلاق الى محله فيصح كما اذا قال لها أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ودلالة الوصف ان محل الطلاق المقيد لان التطليق رفع القيد والرجل مقيد اذ المقيد هو الممنوع والزوج ممنوع

عن التزوج باختها وعن التزوج بأربع سواها فكان مقيدا فكان محلا لاضافة الكناية المبينة اليه لما ان الابانة قطع
الوصلة وانها ثابتة من جانبه كذا هذا ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل فطلقوهن
لعدتهن أمر سبحانه وتعالى بتطليقهن والامر بالفعل نهى عن تركه وتطليق نفسه ترك لتطليق امرأته حقيقة لانه
أضاف الطلاق الى نفسه لا الى امرأته حقيقة فيكون منهيا والمنهى غير المشروع والتصرف الذى ليس بمشروع
لا يعتبر شرعا وهو تفسير عدم الصحة وأما السنة فما روى أبو داود فى سننه باسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال تزوجوا ولا تطلقوا فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن نهى عن التطليق مطلقا سواء كان مضافا الى الزوج أو
الى الزوجة وأكد النهى بقوله فان الطلاق يهتز له عرش الرحمن فظاهر الحديث يقتضى أن يكون التطليق منهيا سواء
أضيف الى الزوج أو اليها ثم جاءت الرخصة فى التطليق المضاف الى الزوجة فى نصوص الكتاب من قوله تعالى
فطلقوهن لعدتهن وقوله تعالى فان طلقها وقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ونحو ذلك فبقى التطليق المضاف
الى الزوج على أصل النهى والمنهى غير مشروع والتصرف الشرعى اذا خرج من أن يكون مشروعا لا وجود له شرعا
فلا يصح ضرورة وأما المعقول فهو أن قوله أنا منك طالق اما أن يعتبر اخبارا عن كونه طالقا كما يقتضيه ظاهر الصيغة
واما أن يعتبر انشاء وهو اثبات الانطلاق ولا سبيل الى الثانى لانه منطلق وليس عليه قيد النكاح واثبات الثابت
محال فتعين الاول وهو أن يكون اخبارا عن كونه طالقا وهو صادق فى هذه الاخبار والدليل على انه ليس عليه قيد
النكاح وجهان أحدهما ان قيد النكاح فى جانب المرأة انما ثبت لضرورة تحقيق ما هو من مقاصد النكاح وهو السكن
والنسب لان الخروج والبروز ريب فلا يطمئن قلبه اليها واذا جاءت بولد لا يثق بكونه منه وهذه الضرورة منعدمة فى
جانب الزوج فلا يثبت عليه قيد النكاح والثانى ان قيد النكاح هو ملك النكاح وهو الاختصاص الحاجز والزوج
مالك لان المرأة مملوكة ملك النكاح والمملوك لا بد له من مالك ولا مالك لغير الزوج فيها فعلم ان الزوج مالكها فاستحال
أن يكون مملوكا بخلاف ما اذا أضاف الطلاق اليها فان قال لها أنت طالق انه لا يمكن حمل هذه الصيغة على الاخبار
لانه يكون كذبا لكونها غير منطلقة لثبوت قيد النكاح فيحمل على الانشاء انه ممكن لعدم الانطلاق قبله بخلاف
الكناية المبينة لان الابانة قطع الوصلة وانها ثابتة فى الطرفين فاذا زالت من أحد الطرفين تزول من الطرف الآخر
ضرورة لاستحالة اتصال شئ بما هو منفصل عنه والتحريم اثبات الحرمة وانها لا تثبت من أحد الجانبين لاستحالة
أن يكون الشخص حلالا لمن هو حرام بخلاف الطلاق لانه اثبات الانطلاق ورفع القيد والقيد لم يثبت الا من جانب
واحد وانه قائم وأما قوله الزوج ممنوع عن التزوج باختها وأربع سواها فنعم لكن ذلك لم يثبت الا من جانب واحد
وانه قائم لان المنع من ذلك لكونه جمعا بين الاختين فى النكاح وهذا كان ثابتا قبل النكاح ألا ترى لو تزوجهما جميعا
لم يجز وسواء كانت الاضافة الى امرأة معينة أو مبهمة عند عامة العلماء حتى لو قال لامرأتيه إحداكما طالق أو قال
لاربع نسوة له احداكن طالق ولم ينو واحدة بعينها صحت الاضافة وقال نفاة القياس لا تصح اضافة الطلاق
الى المعينة وجه قولهم لم يصلح محلا للنكاح فلا يصلح محلا للطلاق اذ الطلاق يرفع ما ثبت بالنكاح وكذا لم يصلح
محلا للبيع والهبة والاجارة وسائر التصرفات فكذا الطلاق وأما عمومات الطلاق من الكتاب والسنة من نحو
قوله عز وجل فطلقوهن لعدتهن وقوله الطلاق مرتان وقوله سبحانه فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا
غيره وقوله لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن وقول النبي صلى الله عليه وسلم كل طلاق جائز الا طلاق الصبي
والمعتوه من غير فصل بين طلاق وطلاق وبين الطلاق المضاف الى المعين والمجهول ولان هذا ليس بتنجيز الطلاق فى
الحقيقة بل هو تعليق من حيث المعنى بشرط البيان لما نذكر والطلاق مما يحتمل التعليق بالشرط ألا ترى أنه يصح
تعليقه بسائر الشروط فكذا بهذا الشرط بخلاف النكاح فانه لا يحتمل التعليق بالشرط فلا تكون المجهولة محلا
للنكاح وكذا الاجارة والبيع وسائر التصرفات وعلى هذا الوجه لا يكون هذا ايقاع الطلاق فى المجهولة لانه تعليق

بشرط البيان فيقع الطلاق فى المبينة لا فى المجهولة على انا ان قلنا بالوقوع كما قال بعضهم فهذه جهالة يمكن رفعها بالبيان
فالطلاق يحتمل خطر الجهالة ألا ترى انه يحتمل خطر التعليق والاضافة بحقيقة ان البيع يحتمل جريان الجهالة فانه اذا
باع قفيزا من صبرة جاز وكذا اذا باع أحد شيئين على ان المشترى بالخيار يأخذ ايهما شاء ويرد الآخر جاز فالطلاق
أولى لانه فى احتمال الخطر فوق البيع ألا ترى انه يحتمل خطر التعليق والاضافة والبيع لا يحتمل ذلك فلما جاز بيع
المجهول فالطلاق أولى وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان طلق واحدة من نسائه عينا ثم نسى المطلقة حتى لا يحل
له وطء واحدة منهن لان المقارن لما لم يمنع صحة الاضافة فالطارئ لان لا يرفع الاضافة الصحيحة أولى لان المنع
أسهل من الرفع والله عز وجل أعلم ومنها الاضافة الى جميع أجزائها أو الى جزء جامع منها أو شائع وجملة الكلام
انه لا خلاف انه اذا أضاف الطلاق الى جزء جامع منها كالرأس والوجه والرقبة والفرج انه يقع الطلاق لان هذه
الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن يقال فلان يملك كذا وكذا رأسا من الرقيق وكذا وكذا رقبة وقال الله تعالى أو
تحرير رقبة والمراد بها الجملة وفى الخبر لعن الله الفروج على السروج والوجه يذكر ويراد به الذات قال الله سبحانه
وتعالى كل شئ هالك الا وجهه أى الا هو ومن كفل بوجه فلان يصير كفيلا بنفسه فيثبت ان هذه الاعضاء
يعبر بها عن جميع البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كانه قال أنت طالق وكذا اذا أضاف الى وجهها لان قوام
النفس بها ولان الروح تسمى نفسا قال الله تعالى الله يتوفى الانفس حين موتها والتى لم تمت فى منامها ولو أضاف
الطلاق الى دبرها لا يقع لان الدبر لا يعبر به عن جميع البدن بخلاف الفرج ولا خلاف أيضا فى انه اذا أضاف الطلاق
الى جزء شائع منها بان قال نصفك طالق أو ثلثك طالق أو ربعك طالق أو جزء منك انه يقع الطلاق لان الجزء الشائع
محل للنكاح حتى تصح اضافة النكاح اليه فيكون محلا للطلاق ولان الاضافة الى الجزء الشائع يقتضى ثبوت حكم
الطلاق فيه وانه شائع فى جملة الاجزاء بعذر الاستمتاع بجميع البدن لما فى الاستمتاع به استمتاع بالجزء الحرام فلم
يكن فى ابقاء النكاح فائدة فيزول ضرورة واختلف فيما اذا أضاف الطلاق الى الجزء المعين الذى لا يعبر به عن جميع
البدن كاليد والرجل والاصبع ونحوها قال أصحابنا لا يقع الطلاق وقال زفر يقع وبه أخذ الشافعى وجه قولهما ان اليد
جزء من البدن فيصح اضافة الطلاق اليها كما لو أضاف الى الجزء الشائع منها والدليل على ان اليد جزء من البدن ان
البدن عبارة عن جملة أجزاء مركبة منها اليد فكانت اليد بعض الجملة المركبة والاضافة الى بعض البدن اضافة الى
الكل كما فى الجزء الشائع ولنا قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن أمر الله تعالى بتطليق النساء والنساء جمع المرأة والمرأة
اسم جميع أجزائها والامر بتطليق الجملة يكون نهيا عن تطليق جزء منها لا يعبر به عن جميع البدن لانه ترك
لتطليق جملة البدن والامر بالفعل نهى عن تركه والمنهى لا يكون مشروعا فلا يصح شرعا ولان قوله يدك طالق اضافة
الطلاق الى ما ليس محل الطلاق فلا يصح كما لو أضاف الطلاق الى خمارها ودلالة الوصف انه أضاف الطلاق الى
يدها ويدها ليست بمحل للطلاق لوجهين أحدهما انها ليست بمحل للنكاح حتى لا تصح اضافة النكاح اليها فلا
تكون محلا للطلاق لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح ألا ترى انها لما لم تكن محلا للاقالة لانها فسخ ما ثبت بالبيع
كذا هذا والثانى ان محل الطلاق محل حكمه فى عرف الفقهاء وحكم الطلاق زوال قيد النكاح وقيد النكاح ثبت فى
جملة البدن لا فى اليد وحدها لان النكاح أضيف الى جملة البدن ولا يتصور القيد الثابت فى جملة البدن فى اليد وحدها
فكانت الاضافة الى اليد وحدها اضافة الى ما ليس محل الطلاق فلا يصح وكذا يقال فى الجزء الشائع لانه لا يثبت
الحكم فى البدن بالاضافة الى الجزء الشائع بل لمعنى آخر وهو عدم الفائدة فى بقاء النكاح على ما مر بيانه أو يضاف اليه
لانه من ضرورات الاضافة الى الجزء الشائع كمن قطع حبلا مملوكا له تعلق به قنديل غيره وههنا لا ضرورة لو ثبت
الحرمة فى الجزء المعين متصورا عليه لامكان الانتفاع بباقى البدن فكان بقاء النكاح مفيدا لكن لا قائل به على
ما عرف فى الخلافيات وأما قوله اليد جزء من البدن فنقول ان سلم ذلك لكنه جزء معين فلم يكن محلا للطلاق بخلاف

الجزء الشائع فانه غير معين وهذا لان الجزء اذا كان شائعا فما من جزء يشار اليه الا ويحتمل أن يكون هو المضاف اليه الطلاق فتعذر الاستمتاع بالبدن فلم يكن فى بقاء النكاح فائدة بخلاف المعين على مامر ومنها قبول العوض من المرأة فى أحد نوعى الخلع وفى الطلاق على مال اذا لم يكن هناك قائل آخر سواها أما الخلع فجملة الكلام فيه ان الخلع نوعان خلع بعوض وخلع بغير عوض أما الذى هو بغير عوض فنحو ان قال لامرأته خالعتك ولم يذكر العوض فان نوى به الطلاق كان طلاقا والا فلا لانه من كنايات الطلاق عندنا ولو نوى ثلاثا كان ثلاثا وان نوى اثنتين فهى واحدة عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر بمنزلة قوله أنت بائن ونحو ذلك على مامر وأما الثانى وهو أن يكون مقرونا بالعوض لما ذكرنا بان قال خالعتك على كذا وذكر عوضا واسم الخلع يقع عليهما الا انه عند الاطلاق ينصرف الى النوع الثانى فى عرف اللغة والشرع فيكون حقيقة عرفية وشرعية حتى لو قال لاجنبي اخلع امرأتى فخلعها بغير عوض لم يصلح وكذا لو خالعها على ألف درهم فقبلت ثم قال الزوج لم أنو به الطلاق لا يصدق فى القضاء لان ذكر العوض دليل ارادة الطلاق ظاهرا فلا يصدق فى العدول عن الظاهر بخلاف ما اذا قال لها خالعتك ولم يذكر العوض ثم قال ما أردت به الطلاق انه يصدق اذا لم يكن هناك دلالة حال تدل على ارادة الطلاق من غضب أو ذكر طلاق على ما ذكرنا فى الكنايات لان هذا اللفظ عند عدم ذكر التعويض يستعمل فى الطلاق وفى غيره فلا بد من النية لينصرف الى الطلاق بخلاف ما اذا ذكر العوض لانه مع ذكر العوض لا يستعمل فى العرف والشرع الا للطلاق ثم الكلام فى هذا النوع يقع فى مواضع فى بيان ماهيته وفى بيان كيفيته وفى بيان شرط صحته وفى بيان شرط وجوب العوض وفى بيان قدر ما يحل للزوج أخذه منها من العوض وما لا يحل وفى بيان حكمه أما الاول فقد اختلف فى ماهية الخلع قال أصحابنا هو طلاق وهو مروى عن عمر وعثمان رضى الله عنهما وللشافعى قولان فى قول مثل قولنا وفى قول ليس بطلاق بل هو فسخ وهو مروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وفائدة الاختلاف انه اذا خالع امرأته ثم تزوجها تعود اليه بطلاقين عندنا وعنده بثلاث تطليقات حتى لو طلقها بعد ذلك تطليقتين حرمت عليه حرمة غليظة عندنا وعنده لا تحرم الا بثلاث احتج الشافعى بظاهر قوله عز وجل الطلاق مرتان الى قوله فان طلقها ذكر سبحانه الطلاق مرتين ثم ذكر الخلع بقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به ثم ذكر الطلاق أيضا بقوله عز وجل فان طلقها فلو جعل الخلع طلاقا لازداد عدد الطلاق على الثلاث وهذا لا يجوز لان الفرقة فى النكاح قد تكون بالطلاق وقد تكون بالفسخ كالفرقة بعدم الكفاءة وخيار العتاقة والردة واباء الاسلام ولفظ الخلع دليل الفسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل فلا يكون طلاقا كما لو قال طلقتك على ألف درهم فقبلت ولنا أن هذه فرقة بعوض حصلت من جهة الزوج فتكون طلاقا وقوله الفرقة فى النكاح قد تكون من طريق الفسخ مسلم لكن ضرورة لا مقصودا اذ النكاح لا يحتمل الفسخ مقصودا عندنا لان جوازه ثبت مع قيام المنافى للجواز وهو الحرية فى الحرة وقيام ملك اليمين فى الامة على ما عرف الا أن الشرع أسقط اعتبار المنافى وألحقه بالعدم لحاجة الناس وحاجتهم تندفع بالطلاق بعوض وغير عوض وانفساخه ضرورة فلا حاجة الى الفسخ مقصودا فلا يسقط اعتبار المنافى فى حق الفسخ مقصودا والانفساخ فيما ذكرنا من المواضع ما ثبت مقصودا بل ضرورة ولا كلام فيه ولان لفظ الخلع يدل على الطلاق لا على الفسخ لانه مأخوذ من الخلع وهو النزع والنزع اخراج الشئ من الشئ فى اللغة قال الله عز وجل ونزعنا ما فى صدورهم من غل أى أخرجنا وقال سبحانه وتعالى ونزع يده أى أخرجها من جيبه فكان معنى قوله خلعها أى أخرجها عن ملك النكاح وهذا معنى الطلاق البائن وفسخ النكاح رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن رأسا فلا يتحقق فيه معنى الاخراج واثبات حكم اللفظ على وجه يدل عليه اللفظ لغة أولى ولان فسخ العقد لا يكون الا بالعوض الذى وقع عليه العقد كالاقالة فى باب البيع والخلع على ما وقع عليه النكاح وعلى غيره جائز فلم يكن فسخا وأما الآية فلا حجة له فيها لان ذكر الخلع يرجع الى الطلاقين المذكورين الا انه ذكرهما بغير عوض ثم ذكر بعوض ثم ذكر سبحانه

وتعالى

وتعالى الثالثة بقوله تعالى فان طلقها فلم تلزم الزيادة على الثلاث بل يجب حمله على هذا لئلا يلزمنا القول بتغيير المشروع مع ما انه قد قيل ان معنى قوله تعالى فان طلقها أى ثلاثا وبين حكم الطلقات الثلاث بقوله سبحانه فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلا يلزم من جعل الخلع طلاقا شرع الطلقة الرابعة والله عز وجل أعلم وأما بيان كيفية هذا النوع فنقول له كيفيتان احداهما انه طلاق بائن لانه من كنايات الطلاق وانها بوائن عندنا ولانه طلاق بعوض وقد ملك الزوج العوض بقبولها فلا بد وان تملك هى نفسها تحقيقا للمعاوضة ولا تملك نفسها الا بالبائن فيكون طلاقا بائنا ولانها انما بذلت العوض لتخليص نفسها عن حبالة الزوج ولا تتخلص الا بالبائن لان الزوج يراجعها فى الطلاق الرجعى فلا تتخلص ويذهب مالها بغير شئ وهذا لا يجوز فكان الواقع بائنا والثانية انه من جانب الزوج يمين وتعليق الطلاق بشرط وهو قبولها العوض ومن جانبها معاوضة المال وهو تمليك المال بعوض حتى لو ابتدأ الزوج الخلع فقال خالعتك على ألف درهم لا يملك الزوج الرجوع عنه ولا فسخه ولا نهى المرأة عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها ولا بشرط حضور المرأة بل يتوقف على ما وراء المجلس حتى لو كانت غائبة فبلغها فلها القبول لكن فى مجلسها لانه فى جانبها معاوضة لما نذكر وله ان يعلقه بشرط ويضيفه الى وقت نحو ان يقول اذا قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم أو يقول خالعتك على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا والقبول اليها بعد قدوم زيد وبعد مجىء الوقت حتى لو قبلت قبل ذلك لا يصح لان التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت تطليق عند وجود الشرط والوقت فكان قبولها قبل ذلك هدرا ولو شرط الخيار لنفسه بان قال خالعتك على ألف درهم على انى بالخيار ثلاثة أيام لم يصح الشرط ويصح الخلع اذا قبلت وان كان الابتداء من المرأة بان قالت اختلعت نفسى منك بألف درهم فلها ان ترجع عنه قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس وبقيامه أيضا ولا يقف على ما وراء المجلس بان كان الزوج غائبا حتى لو بلغه وقبل لم يصح ولا يتعلق بشرط ولا ينضاف الى وقت ولو شرط الخيار لها بان قال خالعتك على ألف درهم على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت جاز الشرط عند أبى حنيفة وثبت لها الخيار حتى انها اذا اختارت فى المدة وقع الطلاق ووجب المال وان ردت لا يقع الطلاق ولا يلزمها المال وعند أبى يوسف ومحمد شرط الخيار باطل والطلاق واقع والمال لازم وانما اختلف الجانبان فى كيفية هذا النوع لانه طلاق عندنا ومعلوم ان المرأة لا تملك الطلاق بل هو ملك الزوج لا ملك المرأة فانما يقع بقول الزوج وهو قوله خالعتك فكان ذلك منه تطليقا الا انه علقه بالشرط والطلاق يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت لا تحتمل الرجوع والفسخ ولا يتقيد بالمجلس ويقف الغائب عن المجلس ولا يحتمل شرط الخيار بل يبطل الشرط ويصح الطلاق وأما فى جانبها فانه معاوضة المال لانه تمليك المال بعوض وهذا معنى معاوضة المال فتراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه وما ذكرنا من أحكامها الا ان أبا يوسف ومحمدا يقولان فى مسألة الخيار ان الخيار انما شرع للفسخ والخلع لا يحتمل الفسخ لانه طلاق عندنا وجواب أبى حنيفة عن هذا ان عمل الخيار فى منع انعقاد العقد فى حق الحكم على أصل أصحابنا فلم يكن العقد منعقدا فى حق الحكم للحال بل هو موقوف فى علمنا الى وقت سقوط الخيار فحينئذ يعلم على ما عرف فى مسائل البيوع والله الموفق وأما ركنه فهو الايجاب والقبول لانه عقد على الطلاق بعوض فلا تقع الفرقة ولا يستحق العوض بدون القبول بخلاف النوع الاول فانه اذا قال خالعتك ولم يذكر العوض ونوى الطلاق فانه يقع الطلاق عليها سواء قبلت أو لم تقبل لان ذلك طلاق بغير عوض فلا يفتقر الى القبول وحضرة السلطان ليست بشرط لجواز الخلع عند عامة العلماء فيجوز عند غير السلطان وروى عن الحسن وابن سيرين أنه لا يجوز الا عند السلطان والصحيح قول العامة لما روى أن عمر وعثمان وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم جوزوا الخلع بدون السلطان ولان النكاح جائز عند غير السلطان فكذا الخلع ثم الخلع ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى فى اللغة وهل ينعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن المستقبل وهو الامر والاستفهام فجملة الكلام فيه ان العقد لا يخلو إما أن يكون بلفظة الخلع وإما أن يكون بلفظة البيع والشراء وكل ذلك

لا يخلو إما أن يكون بصيغة الامر أو بصيغة الاستفهام فان كان بلفظة الخلع على صيغة الامر يتم اذا كان البدل معلوما مذكورا بلا خلاف بأن قال لها اخلعي نفسك مني بألف درهم فتقول خلعت وان لم يكن البدل مذكورا من جهة الزوج بأن قال لها اخلعي نفسك مني فقالت خلعت بألف درهم لا يتم الخلع حتى يقول الزوج خلعت والفرق ان الامر بالخلع ببدل متقوم توكيل لها والواحد يتولى الخلع من الجانبين وان كان هذا النوع معاوضة والواحد لا يتولى عقد المعاوضة من الجانبين كالبيع لان الامتناع للتنافي في الحقوق المتعلقة ولا تنافي ههنا لان الحقوق في باب الخلع ترجع الى الوكيل ولهذا جاز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب النكاح وفي المسئلة الاولى لا يمكن جعل الامر بالخلع توكيلا لجهالة البدل فلم يصح التوكيل فلو تم العقد بالواحد لصار الواحد مستزيدا ومستنقصا وهذا لا يجوز وان كان بصيغة الاستفهام بأن قال الزوج لها أخلعت نفسك مني بألف درهم فقالت خلعت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ما لم يقبل الزوج وبعضهم فصل فقال ان نوى به التحقيق يتم وان نوى به السوم لا يتم لان قوله أخلعت نفسك مني يحتمل السوم بل ظاهره السوم لان معناه أطلب منك أن تخلعي نفسك مني فلا يصرف الى التحقيق الا بالنية فاذا نوى يصير بمعنى التوكيل والامر وان كان بلفظ البيع والشراء بأن قال الزوج لها اشتري نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بأن قال بألف درهم ونحو ذلك فقالت اشتريت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت والاول أصح لانه اذا ذكر بدلا معلوما صح الامر والتوكيل والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع لما بينا وكذا اذا قال لها بالفارسية خويشتن ازمن بخر بهزار درم يا بكابين وهرنيه وعدت له واجب شود از پس طلاق فقالت خريدم فهو على هذا وان لم يذكر البدل بأن قال لها اشتري نفسك مني فقالت اشتريت لا يتم الخلع ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت وكذلك اذا قال بالفارسية خويشتن ازمن بخر فقالت خريدم ولم يقل الزوج فروختم لا يتم الخلع ولا تطلق حتى يقول الزوج فروختم فرق بين هذا وبين ما اذا قال لها بلفظة الخلع اخلعي نفسك مني ونوى الطلاق فقالت خلعت انها لا تطلق لان قوله لها اخلعي مع نية الطلاق أمر لها بالطلاق بلفظة الخلع وأنها تملك الطلاق بأمر الزوج وتوكيله فيصح التوكيل والامر فيتولى الخلع من الجانبين وقوله لها اشتري نفسك خويشتن ازمن بخر أمر بالخلع بعوض والعوض غير مقدر فلم يصح الامر وان كان بلفظ الاستفهام بأن قال لها ابتعت نفسك مني فان ذكر بدلا معلوما بأن قال بألف درهم أو قال بمهرك ونفقة عدتك فقالت ابتعت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يتم العقد وقال بعضهم لا يتم ولا يقع الطلاق ما لم يقل الزوج بعت وبه أخذ الفقيه أبو الليث وقال أبو بكر الاسكاف يتم ويقع الطلاق وقال بعضهم لا يتم الا اذا أراد به التحقيق دون المساومة على ما ذكرنا في لفظ العربية والفرق بين الاستفهام والامر على نحو ما بينا أنها بالامر صارت وكيلة اذ الامر بالخلع توكيل به اذا كان البدل مقدرا والواحد يصلح وكيلا من الجانبين في الخلع ولم يوجد الامر ههنا فلم يوجد التوكيل فيبقى الشخص الواحد في عقد المعاوضة مستزيدا ومستنقصا وهذا لا يجوز وان لم يذكر البدل بأن قال لها ابتعت نفسك مني فقالت ابتعت لا يتم ما لم يقل الزوج بعت لانه لا يتم في الامر فلأن لا يتم في الاستفهام أولى وسواء كان القبول منها أو من أجنبي بعد ان كان من أهل القبول لانها لو قبلت بنفسها يلزمها البدل من غير أن تملك بمقابلته شيئا بخلاف ما اذا اشترى لانسان شيئا على أن البدل عليه ان ذلك لا يجوز لان هناك الاجنبي ليس في معنى المشتري لان المشتري يملك بمقابلة البدل شيئا والاجنبي لا فلا يجوز ايجابه على من لا يملك بمقابلته شيئا والحاصل ان الاجنبي اذا قال للزوج اخلع امرأتك على أني ضامن لك ألفا أو قال على ألف هو علي أو قال على ألفي هذه أو عبدي هذا أو على هذه الالف أو على هذا العبد ففعل صح الخلع واستحق المال ولو قال على ألف درهم ولم يزد عليه وقف على قبول المرأة ولو خلع ابنته وهي صغيرة على مالها ذكر في الجامع الصغير انه لا يجوز ولم يبين انه لا يجوز الخلع رأسا أو لا يجب البدل على الصغيرة واختلف مشايخنا منهم من قال معناه أنه لا يجب عليها البدل فأما

الطلاق فواقع ومنهم من قال معناه أنه لا يقع الطلاق ولا يجب المال عليها وذكر الطحاوى فى اختلاف العلماء انه غير
واقع فى الخلاف ابتداء انه لا يقع الطلاق عند أصحابنا وقيل فى المسئلة روايتان والحاصل أنه لا خلاف فى أنه لا يجب
المال عليها لان الخلع فى جانبها معاوضة المال بما ليس بمال والصغيرة تتضرر بها وتصرف الاضرار لا يدخل تحت
ولاية الولى كالهبة والصدقة ونحو ذلك وانما الاختلاف فى وقوع الطلاق وجه القول الاول ان صحة الخلع لا تقف
على وجوب العوض فان الخلع يصح على ما لا يصلح عوضا كالميتة والدم والخنزير والخمر ونحو ذلك فلم يكن من
ضرورة عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق وجه الثانى أن الخلع متى وقع على بدل هو مال يتعلق وقوع الطلاق
بقبول يجب به المال وقبول الاب لا يجب به المال لانه ليس له ولاية القبول على الصغيرة لكونه ضررا بها فان
خلعها الاب على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والالف عليه لما ذكرنا ان من شرط صحة الخلع فى حق وقوع
الطلاق ووجوب البدل قبول ما يصلح بدلا ممن هو أهل القبول والمرأة والاب والاجنبى فى هذا سواء لما بينا واما
شرط وجوب العوض وهو المسمى فى عقد الخلع فله شرطان أحدهما قبول العوض لان قبول العوض كما هو
شرط وقوع الفرقة من جانبه فهو شرط لزوم العوض من جانبها لما ذكرنا سواء كان العوض المذكور فى الخلع
من مهرها الذى استحقته بعقد النكاح من المسمى ومهر المثل أو مالا آخر وهو المسمى بالجعل فهذا الشرط
يعم العوضين جميعا والثانى يخص الجعل لان ما يصلح عوضا فى النكاح يصلح عوضا فى الخلع من طريق الاولى
وليس كل ما يصلح عوضا فى الخلع يصلح عوضا فى النكاح لان باب الخلع أوسع اذ هو يتحمل جهالة لا يتحملها
النكاح على ما نذكر لذلك اختص وجوب المسمى فيه بشرط لم يشترط فى النكاح لوجوب المسمى وهو تسمية
مال متقوم موجود وقت الخلع معلوم أو مجهول جهالة قليلة أو كثيرة واذا لم تكن متفاحشة فان وجد هذا الشرط
وجب الجعل والا فلا يجب وهل يجب عليها رد ما استحقته من المسمى أو مهر المثل بعقد النكاح ينظر ان كان المسمى
مالا متقوما يجب وان كان معدوما وقت الخلع أو مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس وما يجرى مجراها وان
لم يكن المسمى مالا متقوما فلا شئ عليها أصلا وتقع الفرقة ثم الجعل فى الخلع ان كان مما يصح تسميته مهرا فى
النكاح فحكمه حكم المهر أعنى ان المسمى فى النكاح ان كان مما يجبر الزوج على تسليم عينه الى المرأة ففى الخلع تجبر
المرأة على تسليم عينه الى الزوج وان كان مما يتخير الزوج بين تسليم الوسط منه وبين تسليم قيمته ففى الخلع تتخير
المرأة كالعبد والفرس ونحو ذلك لان المسمى فى العقدين جميعا عوض عن ملك النكاح الا انه فى أحدهما عوض
عنه ثبوتا وفى الآخر سقوطا فيعتبر أحد العقدين بالآخر فى هذا الحكم والقيمة فيما يوجب الوسط منه أصل لان
كونه وسطا يعرف بها على ما مر فى كتاب النكاح وبيان هذه الشرائط فى مسائل اذا خلع امرأته على ميتة أو دم
أو خمر أو خنزير وقعت الفرقة ولا شئ له على المرأة من الجعل ولا يرد من مهرها شيئا أما وقوع الفرقة فلان الخلع بعوض
معلق بقبول المرأة ما جعل عوضا ذكرا وتسمية سواء كان المسمى مما يصلح عوضا أو لا لانه من جانب الزوج تعليق
الطلاق بشرط القبول وقد قبلت فصار كانه صرح بتعليق الطلاق بقبولها العوض المذكور فقبلت ولو كان كذلك
لوقع الطلاق اذا قبلت كذا هذا وأما عدم وجوب شئ له على المرأة فلان الخلع طلاق والطلاق قد يكون بعوض
وقد يكون بغير عوض والميتة والدم ليست بمال فى حق أحد فلا تصلح عوضا والخمر والخنزير لا قيمة لهما فى حق
المسلمين فلم يصلحا عوضا فى حقهم فلم تصح تسمية شئ من ذلك فاذا خلعها عليه فقد رضى بالفرقة بغير عوض فلا
يلزمها شئ ولان الخلع من جانب الزوج اسقاط الملك واسقاط الملك قد يكون بعوض وقد يكون بغير عوض
كالاعتاق فاذا ذكر ما لا يصلح عوضا أصلا أو ما لا يصلح عوضا فى حق المسلمين فقد رضى بالاسقاط بغير عوض
فلا يستحق عليها شيئا ولان منافع البضع عند الخروج عن ملك الزوج غير متقومة لان المنافع فى الاصل ليست بأموال
متقومة الا أنها جعلت متقومة عند المقابلة بالمال المتقوم فعند المقابلة بما ليس بمال متقوم يبقى على الاصل ولانها انما

أخذت حكم التقوم فى باب النكاح عند الدخول فى ملك الزوج احتراما لها تعظيما للآدمى لكونها سببا لحصوله فجعلت متقومة شرعا صيانة لها عن الابتذال والحاجة الى الصيانة عند الدخول فى الملك لا عند الخروج عن الملك لان بالخروج يزول الابتذال فلا حاجة الى التقوم فبقيت على الاصل وجعل الفرق بما ذكرنا بين الخلع على هذه الاشياء و بين النكاح عليها لان هناك يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع الا بعوض لما ذكرنا فى مسائل النكاح والمذكور لا يصلح عوضا فالتحق ذلك بالعدم ووجب العوض الاصلى وهو مهر المثل فاما الخلع فالعوض فيه غير لازم بل هو مشروع بعوض و بغير عوض فلم يكن من ضرورة صحته لزوم العوض وكذا النكاح تمليك البضع بعوض والخلع اسقاط الملك بعوض و بغير عوض وكذا منافع البضع عند الدخول أعطى لها حكم التقوم شرعا لكونها وسيلة الى حصول الآدمى المكرم والخلع ابطال معنى التوسل فلا يظهر معنى التقوم فيه ولو خلعها على شىء أشارت اليه مجهول فقالت على ما فى بطون غنمى أونعمى من ولد أو على ما فى ضروعها من لبن أو على ما فى بطن جاريتى من ولد أو على ما فى نخلى أو شجرى من ثمر فان كان هناك شىء فهو له عندنا وقال الشافعى لا شىء له وجه قوله ان الجنين فى البطن واللبن فى الضرع لا يصلح عوضا فى الخلع لانه غير مقدور التسليم ولهذا لم يصلح عوضا فى النكاح وكذا فى الخلع والدليل عليه انه لا يجوز بيعه والاصل عنده ان كل ما لا يجوز بيعه لا يصلح عوضا فى الخلع ولنا الفرق بين الخلع و بين النكاح وهو أن باب الخلع أوسع من باب النكاح ألا ترى لو خلعها على عبد له آبق صحت التسمية ولو زوجها عليه لم تصح التسمية فتصح اضافته الى ما هو مال متقوم موجود كما تصح اضافته الى العبد الآبق بل أولى لان ذاك له خطر الوجود والعدم وهذا موجود و بهذا تبين ان القدرة على تسليم البدل ليست بشرط فى الخلع فانه جائز على العبد الآبق والقدرة على تسليمه غير ثابتة بخلاف البيع فان القدرة على تسليم المبيع شرط وان لم يكن هناك شىء ردت عليه ما استحقت بعقد النكاح لانها لما سمت مالا متقوما فقد غرته بتسمية المال المتقوم فصارت ملتزمة تسليم مال متقوم ضامنة له ذلك والزوج لم يرض بزوال ملكه الا بعوض هو مال متقوم وقد تعذر عليه الوصول اليه لعدمه ولا سبيل الى الرجوع الى القيمة المذكورة لجهالتها ولا الى قيمة البضع لما أنه لا قيمة للبضع عند الخروج عن الملك لما ذكرنا فوجب الرجوع الى ما قوم البضع على الزوج عند الدخول وهو ما استحقته المرأة من المسمى أو مهر المثل وكذلك اذا قالت على ما فى بيتى من متاع انه ان كان هناك متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بالمهر لانها غرته بتسمية مال متقوم فيلزمها ضمان الغرور وهو رد المهر المستحق لما قلنا ولو قالت على ما فى بطن غنمى أو ضروعها أو على ما فى نخلى أو شجرى ولم تزد على ذلك فان كان هناك شىء أخذه لان التسمية وقعت على مال متقوم موجود لكنه مجهول لكن الجهالة ليست متفاحشة فلا تمنع استحقاق الشىء ولو لم يكن هناك شىء فلا شىء له لانعدام تسمية مال متقوم لانها ذكرت ما فى بطنها وقد يكون فى بطنها مال متقوم وقد لا يكون فلم تصر بذكره غارة لزوجها بل الزوج هو الذى غر نفسه والرجوع بحكم الغرور ولا غرور منها فلا يرجع عليها بشىء وان قالت اختلعت منك على ما تلد غنمى أو تحلب أو ثمر نخلى أو شجرى أو على ما أرثه العام أو أكسبه أو ما أستغل من عقارى فقبل الزوج وقعت الفرقة وعليها أن ترد ما استحقت من المهر وان ولدت الغنم وأثمر النخل والشجر أما وقوع الفرقة فلما ذكرنا ان ذلك يقف على قبول ما يصلح عوضا صحت تسميته عوضا وأما وجوب رد المستحق فلانه لا سبيل الى استحقاق المسمى لكونه معدوما وقت الخلع و يجوز أن يوجد و يجوز أن لا يوجد واستحقاق المعدوم الذى له خطر الوجود والعدم فى عقد المعاوضة لم يرد الشرع به وورد بتحمل الجهالة اذا لم يختلف المعقود فى قدر ما يتحمل لاختلافهما فى احتمال السعة والضيق ولا سبيل الى اهدار التسمية رأسا لانها سمت مالا متقوما فلزم الرجوع الى المهر المستحق بعقد النكاح ولو قالت اخلعنى على ما فى يدى من دراهم أو دنانير أو فلوس فان كان فى يدها شىء من ذلك فهو له قل أو كثر لانها سمت مالا متقوما والمسمى موجود فصحت التسمية وان كان المسمى مجهول القيمة وله ما فى يدها من الجنس المذكور قل أو كثر لانه ذكر

باسم الجمع فيتناول الثلاث فصاعدا وان لم يكن فى يدها شىء أو كان اقل من ثلاثة فعليها من كل صنف سمته ثلاثة
وزنا فى الدراهم والدنانير وعددا فى الفلوس لوجود تسمية المال المتقوم لان الدراهم والدنانير والفلوس اموال متقومة
والمذكور بلفظ الجمع واقل الجمع الصحيح ثلاثة فينصرف اليها ويتعين المسمى كما فى الوصية بالدراهم بخلاف
النكاح والعتق فانه اذا تزوج امراة على ما فى يده من الدراهم وليس فى يده من الدراهم شىء يجب عليه مهر المثل
ولو اعتق عبده على ما فى يده من الدراهم وليس فى يده شىء يجب عليه قيمة نفسه لان منافع البضع ليست بمتقومة عند
الخروج عن الملك فلا يشترط كون المسمى معلوما واعتبر المسمى مع جهالته فى نفسه وحمل على المتيقن بخلاف
النكاح لان منافع البضع عند الدخول فى الملك متقومة وكذا العبد متقوم فى نفسه فلا ضرورة الى اعتبار المسمى
المجهول ولو قالت على ما فى يدى ولم تزد عليه فان كان فى يدها شىء فهو له لان التسمية وقعت على مال متقوم موجود
فصحت واستحق عليها ما فى يدها قل أو كثر لان كلمة ما عامة فيما لا يعلم وان لم يكن فى يدها شىء فلا شىء له لانه اذا
لم يكن فى يدها شىء فلم توجد تسمية مال متقوم لانها سمت ما فى يدها وقد يكون فى يدها شىء متقوم وقد لا يكون
فلم يوجد شرط وجوب شىء فلا يلزمها شىء ولو اختلعت الامة من زوجها على جعل بغير امر مولاها وقع
الطلاق ولا شىء عليها من الجعل حتى تعتق اما وقوع الطلاق فلانه يقف على قبول ما جعل عوضا وقد وجد واما
وجوب الجعل بعد العتق فلانها سمت مالا متقوما موجودا وهو معلوم ايضا وهى من اهل التسمية فصحت التسمية
الا انه تعذر الوجوب للحال لحق المولى فيتأخر الى ما بعد العتق وان كان باذن المولى لزمها الجعل وتباع فيه لانه دين
ظهر فى حق المولى فتباع فيه كسائر الديون وكذلك المكاتبة اذا اختلعت من زوجها على جعل يجوز الخلع ويقع
الطلاق ويتأخر الجعل الى ما بعد العتاق وان أذن المولى لان رقبتها لا تحتمل البيع فلا تحتمل تعلق الدين بها ولو خلع
امرأته على رضاع ابنه منها سنتين جاز الخلع وعليها ان ترضعه سنتين فان مات ابنها قبل أن ترضعه شيأ يرجع عليها
بقيمة الرضاع للمدة وان مات فى بعض المدة رجع عليها بقيمة ما بقى لان الرضاع مما يصح الاستئجار عليه قال الله
تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن فيصح أن يجعل جعلا فى الخلع وهلاك الولد قبل الرضاع كهلاك عوض
اختلعت عليه فهلك فى يدها قبل التسليم فيرجع الى قيمته ولو شرط عليها نفقة الولد بعد الحولين وضرب لذلك اجلا
اربع سنين أو ثلاث سنين فذلك باطل وان هلك الولد قبل تمام الرضاع فلا شىء عليها لان النفقة ليس لها مقدار معلوم
فكانت الجهالة متفاحشة فلا يلزمها شىء ولكن الطلاق واقع لما ذكرنا ولو اختلعت فى مرضها فهو من الثلث لانها
متبرعة فى قبول البدل فيعتبر من الثلث فان ماتت فى العدة فله الاقل من ذلك ومن ميراثه منها ولو خالعها على حكمه أو
حكمها او حكم اجنبى فعليها المهر الذى استحقته بعد النكاح لان الخلع على الحكم خلع بتسمية فاسدة لتفاحش
الجهالة والخطر ايضا فلم تصح التسمية فلا نستحق المسمى فيرجع عليها بالمهر لان الخلع على الحكم خلع على ما يقع به
الحكم ولا يقع الا بمال متقوم عادة فكان الخلع على الحكم خلعا على مال متقوم فقد غرته بتسمية مال متقوم الا انه لا
سبيل الى استحقاق ما يقع به الحكم لكونه مجهولا جهالة متفاحشة كجهالة الجنس فترجع الى ما استحقته من المهر ثم
ينظر ان كان الحكم الى الزوج فان حكم بمقدار المهر تجبر المرأة على تسليم ذلك لانه حكم بالقدر المستحق وكذلك ان حكم
باقل من مقدار المهر لانه حط بعضه فهو تملك حط بعضه لانه تملك حط الكل فالبعض اولى وان حكم باكثر من المهر
لم تلزمها الزيادة لانه حكم لنفسه باكثر من القدر المستحق فلا يصح الا برضاها وان كان الحكم اليها فان حكمت بقدر
المهر جاز ذلك لانها حكمت بالقدر المستحق وكذلك ان حكمت باكثر من قدر المهر لانها حكمت لنفسها بالزيادة وهى
تملك بذل الزيادة وان حكمت بأقل من المهر لم يجز الا برضا الزوج لانها حطت بعض ما عليها وهى لا تملك حط ما عليها
وان كان الحكم الى الاجنبى فان حكم بقدر المهر جاز وان حكم بزيادة أو نقصان لم تجز الزيادة الا برضا المرأة والنقصان
الا برضا الزوج لان فى الزيادة ابطال حق المرأة وفى النقصان ابطال حق الزوج فلا يجوز من غير رضا صاحب الحق ولو

اختلفا في جنس ما وقع عليه الطلاق أو نوعه أو قدره فالقول قول المرأة وعلى الزوج البينة لان قبول البدل الى المرأة والزوج يدعى عليها شيأ وهى تنكر فكان القول قولها ولو قال لها طلقتك أمس على ألف درهم أو بألف درهم فلم تقبلي فقالت لا بل كنت قبلت فالقول قول الزوج فرق بين هذا وبين ما اذا قال لانسان بعتك هذا العبد أمس بألف درهم فلم تقبل فقال لا بل قبلت ان القول قول المشترى ووجه الفرق ان الزوج في مسئلة الطلاق لم يصر مناقضا في قوله فلم تقبلي لان قول الرجل لامرأته طلقتك أمس على ألف يسمى طلاقا على ألف قبلته المرأة أو لم تقبل فلم يكن الزوج في قوله فلم تقبلي مناقضا بخلاف البيع لان الايجاب بدون القبول لا يسمى بيعا فكان الاقرار بالايجاب اقرارا بالقبول فصار البائع مناقضا في قوله فلم تقبل ولان المرأة في باب الطلاق تدعى وقوع الطلاق لانها تدعى وجود شرط الوقوع والزوج ينكر الوقوع لانكاره شرط الوقوع فكان القول قول المنكر والله الموفق (وأما) بيان قدر ما يحل للزوج من أخذ العوض وما لا يحل فجملة الكلام فيه ان النشوز لا يخلو ان كان من قبل الزوج واما ان كان من قبل المرأة فان كان من قبل الزوج فلا يحل له أخذ شئ من العوض على الخلع لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ نهى عن أخذ شئ مما آتاها من المهر وأكد النهى بقوله أتأخذونه بهتانا واثما مبينا وقوله ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن أى لا تضيقوا عليهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن الا ان يأتين بفاحشة مبينة أى الا ان ينشزن نهى الازواج عن أخذ شئ مما اعطوهن واستثنى حال نشوزهن وحكم المستثنى يخالف حكم المستثنى منه فيقتضى حرمة أخذ شئ مما اعطوهن عند عدم النشوز منهن وهذا في حكم الديانة فان أخذ جاز ذلك في الحكم ولزم حتى لا يملك استرداده لان الزوج أسقط ملكه عنها بعوض رضيت به والزوج من أهل الاسقاط والمرأة من أهل المعاوضة والرضا فيجوز في الحكم والقضاء وان كان النشوز من قبلها فلا بأس بأن يأخذ منها شيأ قدر المهر لقوله تعالى الا أن يأتين بفاحشة مبينة أى الا أن ينشزن والاستثناء من النهى اباحة من حيث الظاهر وقوله فلا جناح عليهما فيما افتدت به قيل أى لا جناح على الزوج في الاخذ وعلى المرأة في الاعطاء وأما الزيادة على قدر المهر ففيها روايتان ذكر في كتاب الطلاق انها مكروهة وهكذا روى عن على رضى الله عنه انه كره للزوج ان يأخذ منها اكثر مما أعطاها وهو قول الحسن البصرى وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وطاوس وذكر في الجامع الصغير انها غير مكروهة وهو عثمان البتى وبه أخذ الشافعى وجه هذه الرواية ظاهر قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به رفع الجناح عنهما في الاخذ والاعطاء من الفداء من غير فصل بين ما اذا كان مهر المثل أو زيادة عليه فيجب العمل باطلاق النص ولانها أعطت مال نفسها بطيبة من نفسها وقد قال الله تعالى فان طبن لكم عن شئ منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا بخلاف ما اذا كان النشوز من قبله لان النشوز اذا كان من قبل الزوج كانت هى مجبورة في دفع المال لان الظاهر انها مع رغبتها في الزوج لا تعطى اذا كانت مضطرة من جهته بأسباب أو مغترة بأنواع التغرير والتزوير فكره الاخذ وجه رواية الاصل قوله تعالى ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ الا أن يخافا ان لا يقيما حدود الله الى قوله ولا جناح عليهما فيما افتدت به نهى عن أخذ شئ مما أعطاها من المهر واستثنى القدر الذى أعطاها من المهر عند خوفهما ترك اقامة حدود الله على ما ذكرنا والنهى عن أخذ شئ من المهر نهى عن اخذ الزيادة على المهر من طريق الاولى كالنهى عن التأفيف انه يكون نهيا عن الضرب الذى هو فوقه بالطريق الاولى وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال لامرأة ثابت بن قيس بن شماس أتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة قال أما الزيادة فلا نهى عن الزيادة مع كون النشوز من قبلها وبه تبين ان المراد من قوله فيما افتدت قدر المهر لا الزيادة عليه وان كان ظاهره عاما عرفنا ببيان النبى صلى الله عليه وسلم الذى هو وحى غير متلو والدليل عليه أيضا قوله تعالى في صدر الآية ولا يحل لكم ان تأخذوا مما آتيتموهن شيأ ذكر في أول الآية ما آتاها فكان المذكور في آخرها وهو قوله فيما افتدت به مردودا الى أولها فكان المراد من قوله فيما افتدت أى بما آتاها

ونحن به نقول انه يحل له قدر ما آتاها وأما قوله انها أعطته مال نفسها بطيبة من نفسها فنعم لكن ذلك دليل الجواز وبه نقول ان الزيادة جائزة فى الحكم والقضاء ولان الخلع من جانبها معاوضة حالة عن الطلاق واسقاط ما عليها من الملك ودفع المال عوضا عما ليس بمال جائز فى الحكم اذا كان ذلك مما يرغب فيه ألا ترى انه جاز العتق على قليل المال وكثيره وأخذ المال بدلا عن اسقاط الملك والرق وكذلك الصلح عن دم العمد وكذلك النكاح لما جاز على أكثر من مهر مثلها وهو بدل البضع فكذا جاز ان تضمنه المرأة بأكثر من مهر مثلها لانه بدل من سلامة البضع فى الحالين جميعا الا انه نهى عن الزيادة على قدر المهر لا لمعنى فى نفس العقد بل لمعنى فى غيره وهو شبهة الربا والاضرار بها ولا يوجد ذلك فى قدر المهر فحل له أخذ قدر المهر والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الخلع فنقول وبالله التوفيق يتعلق بالخلع أحكام بعضها يعم كل طلاق بائن وبعضها يخص الخلع أما الذى يعم كل طلاق بائن فنذكره فى بيان حكم الطلاق ان شاء الله تعالى وأما الذى يخص الخلع فالخلع لا يخلو اما ان كان بغير بدل واما ان كان ببدل فان كان بغير بدل بان قال خالعتك ونوى الطلاق فحكمه انه يقع الطلاق ولا يسقط شئ من المهر وان كان ببدل فان كان البدل هو المهر بان خلعها على المهر فحكمه ان المهر ان كان غير مقبوض انه يسقط المهر عن الزوج وتسقط عنه النفقة الماضية وان كان مقبوضا فعليها ان ترده على الزوج وان كان البدل مالا آخر سوى المهر فحكمه حكم سقوط كل حكم وجب بالنكاح قبل الخلع من المهر والنفقة الماضية ووجوب البدل حتى لو خلعها على عبد أو على مائة درهم ولم يذكر شيأ آخر فله ذلك ثم ان كان لم يعطها المهر برئ ولم يكن لها عليه شئ سواء كان لم يدخل بها أو كان قد دخل بها وان كان قد أعطاها المهر لم يرجع عليها بشئ سواء كان بعد الدخول بها أو قبل الدخول بها وكذلك اذا بارأها على عبد أو على مائة درهم فهو مثل الخلع فى جميع ما وصفنا وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف فى المبارأة مثل قول أبى حنيفة وقال فى الخلع انه لا يسقط به الا ما سميا وقال محمد لا يسقط فى الخلع والمبارأة جميعا الا ما سميا حتى انه لو طلقها على مائة درهم ومهرها ألف درهم فان كان المهر غير مقبوض فانها لا ترجع عليه بشئ سواء كان الزوج لم يدخل بها أو كان قد دخل بها فى قول أبى حنيفة وله عليها مائة درهم وعندهما ان كان قبل الدخول بها فلها ان ترجع عليه بنصف المهر وذلك خمسمائة وله عليها مائة درهم فيصير قدر المائة قصاصا فيرجع عليه باربعمائة وان كان بعد الدخول فلها ان ترجع عليه بكل المهر الا قدر المائة فترجع عليه بتسعمائة وان كان المهر مقبوضا فله عليها المائة لا غير وليس له ان يرجع عليها بشئ من المهر سواء كان قبل الدخول بها أو بعده فى قول أبى حنيفة وعندهما ان كان قبل الدخول يرجع الزوج عليها بنصف المهر وان كان بعده لا يرجع عليها بشئ وهكذا الجواب فى المبارأة عند محمد والحاصل ان ههنا ثلاث مسائل الخلع والمبارأة والطلاق على مال ولا خلاف بينهم فى الطلاق على مال انه لا يبرأ به من سائر الحقوق التى وجبت لها بسبب النكاح ولا خلاف أيضا فى سائر الديون التى وجبت لا بسبب النكاح وانها لا تسقط بهذه التصرفات وانما الخلاف بينهم فى الخلع والمبارأة واتفق جواب أبى حنيفة وأبى يوسف فى المبارأة واختلف جوابهما فى الخلع واتفق جواب أبى يوسف ومحمد فى الخلع واختلف فى المبارأة فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المبارأة ومع محمد فى الخلع وجه قول محمد ان الخلع طلاق بعوض فشبه الطلاق على مال والجامع بينهما ان حق الانسان لا يسقط من غير اسقاطه ولم يوجد فى الموضعين الا اسقاط ما سميا فلا يسقط ما لم يجز به التسمية ولهذا لم يسقط به سائر الديون التى لم تجب بسبب النكاح وكذا لا تسقط نفقة العدة الا بالتسمية وان كانت من أحكام النكاح كذا هذا وجه قول أبى يوسف وهو الفرق بين الخلع والمبارأة ان المبارأة صريح فى ايجاب البراءة لانها اثبات البراءة نصا فيقتضى ثبوت البراءة مطلقا فيظهر فى جميع الحقوق الثابتة بينهما بسبب النكاح فأما الخلع فليس نصا فى ايجاب البراءة لانه ليس فى لفظه ما ينبئ عن البراءة وانما تثبت البراءة مقتضاه والثابت بطريق الاقتضاء لا يكون ثابتا من جميع الوجوه فثبتت البراءة بقدر ما وقعت التسمية لا غير ولابى حنيفة ان الخلع فى معنى المبارأة لان المبارأة مفاعلة من البراءة

والابراء اسقاط فكان اسقاطا من كل واحد من الزوجين الحقوق المتعلقة بالعقد المتنازع فيه كالمتخاصمين في الديون اذا اصطلحا على مال سقط بالصلح جميع ما تنازعا كذا بالمبارأة والخلع مأخوذ من الخلع وهو النزع والنزع اخراج الشئ من الشئ فمعنى قولنا خلعها أي اخرجها من النكاح وذلك باخراجها من سائر الاحكام بالنكاح وذلك انما يكون بسقوط الاحكام الثابتة بالنكاح وهو معنى البراءة فكان الخلع في معنى البراءة والعبرة في العقود للمعاني لا للالفاظ وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وأما قول محمد أنه لم يوجد منها اسقاط غير المسمى فنقول ان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة لما ذكرنا ان لفظ الخلع دليل عليه ولان قصدهما من الخلع قطع المنازعة وازالة الخلاف بينهما والمنازعة والخلاف انما وقعا في حقوق النكاح ولا تندفع المنازعة والخلاف الا باسقاط حقوقه فكان ذلك تسمية منها لسائر الحقوق المتعلقة بالنكاح دلالة بخلاف سائر الديون لانه لا تعلق لها بالنكاح ولم تقع المنازعة فيها ولا في سببها فلا ينصرف الاسقاط اليها بخلاف الطلاق على مال لانه لا يدل على اسقاط الحقوق الواجبة بالنكاح لا نصا ولا دلالة وأما نفقة العدة فلانها لم تكن واجبة قبل الخلع فلا يتصور اسقاطها بالخلع بخلاف النفقة الماضية لانها كانت واجبة قبل الخلع بفرض القاضي أو بالتراضي فكان الخلع اسقاطا بعد الوجوب فصح ولو خلعها على نفقة العدة صح ولا تجب النفقة ولو أبرأت الزوج عن النفقة في حال قيام النكاح لا يصح الابراء وتجب النفقة لان النفقة في النكاح تجب شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان يوما فيوما فكان الابراء عنها ابراء قبل الوجوب فلم يصح فاما نفقة العدة فانها تجب عند الخلع فكان الخلع على النفقة مانعا من وجوبها ولا يصح الخلع على السكنى والابراء عنه لان السكنى تجب حقا لله تعالى قال الله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة فلا يملك العبد اسقاطه والله تعالى أعلم

❊ فصل ❊ وأما الطلاق على مال فهو في أحكامه كالخلع لان كل واحد طلاق بعوض فيعتبر في أحدهما ما يعتبر في الآخر الا انهما يختلفان من وجه وهو ان العوض اذا أبطل في الخلع بان وقع الخلع على ما ليس بمال متقوم يبقى الطلاق بائنا وفي الطلاق على مال اذا أبطل العوض بان سمى ما ليس بمال متقوم فالطلاق يكون رجعيا لان الخلع كناية والكنايات مبينات عندنا فأما الطلاق على مال فصريح وانما ثبت البينونة بتسمية العوض اذا صحت التسمية فاذا لم تصح التحقت بالعدم فبقي صريح الطلاق فيكون رجعيا ولو قال لها أنت طالق بألف درهم فقبلت طلقت وعليها ألف لان حرف الباء حرف الصاق فيقتضي الصاق البدل بالمبدل وكذلك لو قال أنت طالق على ألف درهم لان على كلمة شرط يقال زرتك على ان تزورني أي بشرط أن تزورني وكذا قال لامرأته أنت طالق على ان تدخلين الدار كان دخول الدار شرطا كما لو قال ان دخلت الدار وهي كلمة الزام أيضا فكان هذا ايقاع الطلاق بشرط ان تعطيه الالف عقيب وقوع الطلاق ويلزمها الالف فيقع الطلاق بقبولها وتجب عليها الالف ولو قال أنت طالق وعليك ألف درهم طلقت المرأة الرجعية ولا شئ عليها من الالف سواء قبلت أو لم تقبل في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا قبلت طلقت بائنة وعليها الالف وعلى هذا الخلاف اذا قالت المرأة لزوجها طلقني ولك ألف درهم فطلقها انه يقع طلقة رجعية ولا يلزمها البدل في قول أبي حنيفة وعندهما يقع الطلاق وعليها الالف وعلى هذا الخلاف اذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف درهم انه يعتق سواء قبل أو لم يقبل في قول أبي حنيفة وعندهما اذا قبل يعتق وعليه الالف وجه قولهما ان هذه الواو واو حال فيقتضي ان وجوب الالف حال وقوع الطلاق والعتاق ولان هذه اللفظة تستعمل في الابدال فان من قال لآخر احمل هذا الشئ الى مكان كذا ولك درهم فحمل يستحق الاجرة كما لو قال له احمل بدرهم ولابي حنيفة ان كل واحد من الكلامين كلام تام بنفسه أعني قوله أنت طالق وقوله وعليك ألف درهم لان كل واحد منهما مبتدأ وخبر فلا يجعل الثاني متصلا بالاول الا لضرورة وقد قام الضرورة في قوله احمل هذا الى بيتي ولك ألف ولا ضرورة في الطلاق والعتاق لان الغالب وجودهما بغير عوض فلا يجعل الثاني متصلا بالاول من غير ضرورة وأما قولهما الواو واو حال فممنوع بل واو عطف في الاخبار معناه أخبرك

انك طالق وأخبرك ان عليك ألف درهم ولو قالت المرأة لزوجها طلقنى ثلاثا على ألف درهم فطلقها ثلاثا يقع عليها
ثلاث تطليقات بالف وهذا مما لا اشكال فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة رجعية بغير شئ فى قول أبى حنيفة وقال
أبو يوسف ومحمد يقطع واحدة بائنة بثلث الالف ولو قالت طلقنى ثلاثا بالف درهم فطلقها ثلاثا يقع ثلاثة بالف درهم
لا شك فيه ولو طلقها واحدة وقعت واحدة بائنة بثلث الالف فى قولهم جميعا (وجه) قولهما ان كلمة على فى المعاملات
وحرف الباء سواء يقال بعت عنك بالف وبعت منك على ألف ويفهم من كل واحدة منهما كون الالف بدلا
وكذا قول الرجل لغيره احمل هذا الشئ الى بيتى على درهم وقوله بدرهم سواء حتى يستحق البدل فيهما جميعا
والاصل أن اجزاء البدل تنقسم على أجزاء المبدل اذا كان متعددا فى نفسه فتنقسم الالف على الثلاث فيقع واحدة
بثلث الالف كما لو ذكرت بحرف الباء فكانت بائنة لانه طلاق بعوض ولابى حنيفة ان كلمة على كلمة شرط فكان
وجود الطلقات الثلاث شرطا لوجوب الالف فكانت الطلقة الواحدة بعض الشرط والحكم لا يثبت بوجود بعض
الشرط فلما لم يطلقها ثلاثا لا يستحق شيأ من الالف بخلاف حرف الباء فانه حرف مبادلة فيقتضى انقسام البدل على
المبدل فتنقسم الالف على التطليقات الثلاث فكان بمقابلة كل واحدة ثلث الالف ولا يشكل هذا القدر بما اذا
قال لها طلقى نفسك ثلاثا بالف فطلقت نفسها واحدة أنه لا يقع شئ لان الزوج لم يرض بالبينونة الا بكل الالف فلا
يجوز وقوع البينونة ببعضها فاذا أمرته بالطلاق فقالت طلقنى ثلاثا بالف درهم فقد سألت الزوج ان يبينها بالف وقد
أبانها باقل من ذلك فقد زادها خيرا والاشكال انها سألته الابانة الغليظة بالف ولم يأت بها بل أتى بالخفيفة ولعل لها غرضا
فى الغليظة والجواب ان غرضها فى استيفاء مالها مع حصول البينونة التى وضع لها الطلاق أشد (وأما) قولهما ان كلمة
على تستعمل فى الابدال فنعم لكن مجازا لا حقيقة ولا تترك الحقيقة الا لضرورة وفى البيع ونحوه ضرورة ولا ضرورة فى
الطلاق على ما بينا على أن اعتبار الشرط يمنع الوجوب لما بينا واعتبار البدل يوجب فيقع الشك فى الوجوب فلا يجب مع
الشك ولو قالت امرأتان له طلقنا بالف درهم أو على ألف درهم فطلقهما يقع الطلاق ثلاثا عليهما بالالف وهذا لا يشكل
ولو طلق احداهما وقع الطلاق عليها بحصتها من الالف بالاجماع والفرق لابى حنيفة بين هذه المسئلة وبين مسئلة
الخلاف انه لا غرض لكل واحدة من المرأتين فى طلاق الاخرى فلم يعتبر معنى الشرط وللمرأة غرض فى اجتماع
تطليقاتها لان ذلك أقوى للتحريم لثبوت البينونة الغليظة بها فاعتبر معنى الشرط ولو قالت طلقنى واحدة بالف فقال
أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث مجانا بغير شئ فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يقع ثلاث تطليقات كل واحدة
منها بالف وهذه فريعة أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن من أصل أبى حنيفة أن الثلاث لا تصلح جوابا للواحدة فاذا
قال ثلاثا فقد عدل عما سألته فصار مبتدئا بالطلاق فتقع الثلاث بغير شئ ومن أصلهما ان فى الثلاث ما يصلح جوابا
للواحدة لان الواحدة توجد فى الثلاث فقد أتى بما سألته وزيادة فيلزمها الالف كانه قال أنت طالق واحدة وواحدة
وواحدة ولو طلقنى واحدة بالف فقال أنت طالق ثلاثا بالف وقف على قبولها عند أبى حنيفة ان قبلت جاز والا بطل
لانه عدل عما سألته فصار مبتدئا طلاقا بعوض فيقف على قبولها وعند أبى يوسف ومحمد يقع الثلاث واحدة منها
بالف كما سألت واثنتان بغير شئ وحكى الجصاص عن الكرخى أنه قال رجع أبو يوسف فى هذه المسئلة الى قول أبى
حنيفة وذكر أبو يوسف فى الامالى ان الثلاث يقع واحدة منها بثلث الالف والاثنتان تقفان على قبول المرأة قال
القدورى وهذا صحيح على أصلهما لانها جعلت فى مقابلة الواحدة الفا فاذا أوقعها بثلث الالف فقد زادها خيرا
وابتدأ تطليقتين بثلثى الالف فوقف ذلك على قبولها والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس الركن فمنها أن لا يلحقه استثناء أصلا ورأسا سواء كان وضعيا أو عرفيا عند
عامة العلماء وعند مالك الاستثناء العرفى لا يمنع وقوع الطلاق وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى والكلام فى هذا
الشرط يقع فى مواضع فى بيان أنواع الاستثناء وفى بيان ماهية كل نوع وفى بيان شرائط صحته أما الاول فالاستثناء فى

الاصل نوعان استثناء وضعى واستثناء عرفى اما الوضعى فهو أن يكون بلفظ موضوع للاستثناء وهو كلمة الا وما
يجرى مجراها نحو سوى وغير واشباه ذلك وأما العرفى فهو تعليق بمشيئة الله تعالى وأنه ليس باستثناء فى الوضع
لانعدام كلمة الاستثناء بل الموجود كلمة الشرط الا انهم تعارفوا اطلاق اسم الاستثناء على هذا النوع قال الله تعالى
اذ أقسموا ليصرمنها مصبحين ولا يستثنون أى لا يقولون ان شاء الله تعالى و بينه و بين الاول مناسبة فى معنى ظاهر
لفظ الاستثناء وهو المنع والصرف دون الحقيقة فاطلق اسم الاستثناء عليه و بعض مشايخنا قال الاستثناء نوعان
استثناء تحصيل واستثناء تعطيل فسمى الاول استثناء تحصيل لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا والثانى تعطيلا لما أنه
يتعطل الكلام به وأما الكلام فى بيان ماهية كل نوع أما النوع الاول فهو تكلم بالباقى بعد الثنيا وهذه العبارة هى المختارة
دون قولهم استخراج بعض الجملة الملفوظة لان القدر المستثنى اما أن يدخل بعد نص المستثنى منه واما أن لا يدخل
فان لم يدخل لا يتصور الاخراج وان دخل يتناقض الكلام لان نص المستثنى منه يثبت ونص الاستثناء ينفى
و يستحيل أن يكون الحكم الواحد فى زمان مثبتا ومنفيا ولهذا فهم من قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما
ماذكرنا حتى يصير فى التقدير كانه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لا معنى الاخراج لئلا يؤدى الى
الخلف فى خبر الله تعالى (وأما) النوع الثانى فهو تعليق بالشرط الا ان الشرط اذا كان مما يتوقف عليه و يعلم وجوده
ينزل المعلق عند وجوده وان كان مما لا يعلم لا ينزل وهذا النوع من التعليق من هذا القبيل لما نذكره ان شاء الله تعالى
(وأما) شرط صحته فلصحة الاستثناء شرائط بعضها يعم النوعين و بعضها يخص أحدهما أما الذى يعمهما جميعا فهو أن
يكون الاستثناء موصولا بما قبله من الكلام عند عدم الضرورة حتى لو حصل الفصل بينهما بسكوت أو غير ذلك من
غير ضرورة لا يصح وهذا قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وعامة العلماء الا شيأ روى عن عبد الله بن عباس رضى
الله عنهما ان هذا ليس بشرط و يصح متصلا ومنفصلا واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال
لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى ولو لم يصح لما قال ولان الاستثناء فى معنى التخصيص لان كل واحد
منهما بيان ثم التخصيص يصح مقارنا ومتراخيا فكذا الاستثناء يجب أن يكون متصلا ومنفصلا ولنا أن الاصل فى
كل كلام تام بنفسه فان كان مبتدأ وخبرا أن لا يتقف حكمه على غيره والوقف عند الوصل لضرورة وهى ضرورة
استدراك الغلط والضرورة تندفع بالموصول فلا يقف عند عدم الوصل ولهذا لم يتقف على الشرط المنقطع فكذا على
الاستثناء المنقطع ولانه عند عدم الوصول ليس باستثناء لغة لان العرب لم تتكلم به ومن تكلم به لا يعدونه استثناء بل
يسخرون منه و بهذا تبين أن الرواية عن ابن عباس رضى الله عنهما لا تكاد تصح لانه كان اماما فى اللغة كما كان اماما فى
الشريعة وأما التخصيص المتراخى فعند بعض مشايخنا ليس ببيان بل هو فسخ فلا يلزم وعند بعضهم بيان لكن الحاق
البيان بالمجمل والعام الذى يمكن العمل بظاهره متراخيا مشهور عندهم وانه كثير النظير فى كتاب الله عز وجل وأما الحديث
ففيه أنه قال بعد تلك المقالة بسنة ان شاء الله تعالى وليس فيه انه قصد به تصحيح الاستثناء فيحمل انه أراد به استدراك
الاستثناء المأمور به فى الكتاب العزيز قال عز وجل ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله أى الا أن
تقول ان شاء الله فنسى ذلك فتذكره بعد سنة فأمر باستدراكه بقوله سبحانه وتعالى واذكر ربك اذا نسيت و يحتمل
أنه عليه الصلاة والسلام أضمر فى نفسه أمرا وأراد فى قلبه وعزم عليه فاظهر الاستثناء بلسانه فقال ان شاء الله ومثل
هذا معتاد فيما بين الناس فلا يصح الاحتجاج به مع الاحتمال هذا الذى ذكرنا اذا كان الفصل من غير ضرورة فاما اذا
كان لضرورة التنفس فلا يمنع الصحة ولا يعد ذلك فصلا الا أن يكون سكتة هكذا روى هشام عن أبى يوسف لان هذا
النوع من الفصل مما لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر فصلا و يعطى له حكم الوصل للضرورة وأما كون الاستثناء مسموعا فهل
هو شرط ذكر الكرخى انه ليس بشرط حتى لو حرك لسانه وأتى بحروف الاستثناء يصح وان لم يكن مسموعا وذكر
الفقيه أبو جعفر الهندوانى أنه شرط ولا يصح الاستثناء بدونه وجه ماذكره الكرخى ان الكلام هو الحروف المنظومة

وقد

وقد وجدت فاما السماع فليس بشرط لكونه كلاما فان الاصم يصح استثناؤه وان كان لا يسمع والصحيح ماذكره الفقيه أبو جعفر لان الحروف المنظومة وان كانت كلاما عند الكرخي وعندنا هي دلالة على الكلام وعبارة عنه لا نفس الكلام في الغائب والشاهد جميعا فلم توجد الحروف المنظومة ههنا لان الحروف لا تتحقق بدون الصوت فالحروف المنظومة لا تتحقق بدون الاصوات المتقطعة بتقطيع خاص فاذا لم يوجد الصوت لم توجد الحروف فلم يوجد الكلام عنده ولا دلالة الكلام عندنا فلم يكن استثناء والله الموفق وأما الذي يخص أحد النوعين وهو الاستثناء الوضعي فهو ان يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله لما ذكرنا ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا ولا يكون تكلما بالباقي الا ان يكون المستثنى بعض المستثنى منه لا كله ولان الاستثناء يجري مجرى التخصيص والتخصيص يرد على بعض أفراد العموم لا على الكل لان ذلك يكون نسخا لا تخصيصا وكذا الاستثناء نسخ الحكم ونسخ الحكم يكون بعد ثبوته والطلاق بعد وقوعه لا يحتمل النسخ فبطل الاستثناء ومن مشايخنا من قال ان استثناء الكل من الكل انما يصح لانه رجوع والطلاق مما لا يحتمل الرجوع عنه وكذا العتاق وكذا الاعتاق وكذا الاقرار وهذا غير سديد لانه لو كان كذلك لصح فيما يحتمل الرجوع وهو الوصية ومع هذا لا يصح حتى لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي الا ثلث مالي لم يصح الاستثناء وتصح الوصية فدل ان عدم الصحة ليس لمكان الرجوع بل لما قلنا انه ليس باستثناء ويصح استثناء البعض من الكل سواء كان المستثنى أقل من المستثنى منه أو أكثر عند عامة العلماء وعامة أهل اللغة وروى عن أبي يوسف انه لا يصح استثناء الاكثر من الاقل وهو قول الفراء وجه قولهما ان الاستثناء من باب اللغة وأهل اللغة لم يتكلموا باستثناء الاكثر من الاقل ولان الاستثناء وضع في الاصل لاستدراك الغلط والغلط يجري في الاقل لا في الاكثر ولنا ان أهل اللغة قالوا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا من غير فصل بين الاقل والاكثر الا انه قل استعمالهم الاستثناء في مثله لقلة حاجتهم اليه لقلة وقوع الغلط فيه وهذا لا يكون منهم اخراجا للفظ من ان يكون استثناء حقيقة كمن أكل لحم الخنزير لا يمتنع أحد من أهل اللسان من اطلاق القول بانه أكل لحم الخنزير وان كان يقل استعمال هذه اللفظة لكن قلة استعمالها لقلة وجود الاكل لا لانعدام معنى اللفظ حقيقة كذا هذا وعلى هذا تخرج مسائل هذا النوع اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا واحدة يقع ثنتان لان هذا استثناء صحيح لكونه تكلما بالباقي بعد الثنيا والباقي بعد استثناء الواحدة من الثلاث ثنتان الا ان للثنتين اسمين أحدهما ثنتان والآخر ثلاث الا واحدة ولو قال الا اثنتين يقع واحدة لان استثناء الاكثر من الاقل استثناء صحيح أيضا لما ذكرنا ولو قال الا ثلاثا وقع الثلاث لان الاستثناء لم يصح لانه استثناء الكل من الكل ولو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة وقع الثلاث وبطل الاستثناء في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف جاز استثناء الاولى والثانية وبطل استثناء الثالثة وتلزمه واحدة وجه قوله ان استثناء الاولى والثانية استثناء البعض من الكل فصح الا انه لو سكت عليه لجاز فاما استثناء الثالثة فاستثناء الكل من الكل فلم يصح فالتحق بالعدم فيقع واحدة ولابي حنيفة ومحمد ان أول الكلام في الاستثناء يقف على آخره فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح كما لو قال انت طالق ثلاثا الا ثلاثا ولانه لما قال الا واحدة وواحدة وواحدة فقد جمع بين الكل بحرف الجمع فصار كانه قال الا ثلاثا ولو قال أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة الا ثلاثا يقع الثلاث ويبطل الاستثناء في قولهم جميعا لان الاستثناء اذا كان موصولا يقف أول الكلام على آخره فكان الاستثناء راجعا الى الكل فبطل ولانه ذكر جملتين وجمع بين كل جملة بحرف الجمع فكان استثناء الجملة من الجملة فلا يصح واذا قال انت طالق اثنتين واثنتين الا اثنتين يقع ثنتان في قول أبي يوسف ومحمد وقال زفر يقع ثلاث كذا ذكر القدوري ولم يذكر قول أبي حنيفة وجه قول زفر ان الاصل في الاستثناء انه ينصرف الى ما يليه لانه أقرب اليه وهو متصل به أيضا ولا ينصرف الى غيره الا بدليل ومتى انصرف الى ما يليه كان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولهما ان الاستثناء يصحح ما أمكن ولو جعلناه مما يليه لبطل ولو صرف الى الجملتين يصح

لانه يصير مستثنيا من كل ثنتين واحدة فبقى من كل جملة واحدة وروى هشام بن عبد الله الرازى عن محمد فيمن قال
أنت طالق اثنتين واثنتين الا ثلاثا انه يقع ثلاث لانه لا يمكن تصحيح الاستثناء ههنا لان أول الكلام فى كل واحدة
من الجملتين وقف على آخره فصار كانه قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا لانه لا يمكن ان يجعل الاستثناء فى الجملتين على
السواء لانه يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة ونصفا وهذا استثناء جميع الجملة لان استثناء واحدة ونصف استثناء
ثنتين لان ذكر البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل فكان استثناء الكل من الكل ولا يمكن ان يجعل من احدى الجملتين
لانه يكون استثناء الكل من الكل وزيادة ولا يمكن ان يصرف اثنتان من الثلاث أو جملة واحدة الى جملة أخرى لان
هذا خلاف تصرفه وانشاء تصرف آخر لم يوجد منه فتعذر تصحيح هذا الاستثناء من جميع الوجوه فبطل
والاشكال على القسم الاول ان ذكر البعض فيما لا يتبعض لا يكون ذكرا للكل فى الاستثناء بل هو ملحق بالعدم
بدليل انه لو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة ونصفا يقع عليها ثنتان ولو كان ذكر بعض الطلاق ذكرا لكله فى الاستثناء
لوقع عليها واحدة لانه يصير كانه قال أنت طالق ثلاثا الا ثنتين وكان الفقه فى ذلك ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا
فينظر الى الباقى والباقى ههنا تطليقة ونصف ونصف تطليقة تطليقة كاملة فيقع ثنتان كانه قال أنت طالق اثنتين واذا
لم يصر ذكر البعض ذكرا للكل فى الاستثناء يصير مستثنيا من كل جملة تطليقة واحدة ويلغو واحدة من الاستثناء
وهذا أولى من الغاء الكل فيجب ان يقع ثنتان كما فى المسئلة الاولى عندهما وفى هذه المسئلة اشكال على ما روى
هشام عن محمد وروى هشام أيضا عن محمد فيمن قال أنت طالق اثنتين وأربعا الا خمسا انها تطلق ثلاثا لانه لا يمكن
تصحيح الاستثناء بالصرف الى الجملتين على الشيوع ولا بالصرف الى واحدة منهما ولا يصرف البعض عينا الى
جملة والبعض الى جملة أخرى لما قلنا والاشكال على القسم الاول على ما بينا وقال بشر عن أبى يوسف فيمن قال
لامرأته أنت طالق واحدة واثنتين الا اثنتين انه ثلاث وهو قول محمد والوجه فيه ما ذكرنا والاشكال على نحو ما بينا
هذا اذا كان لفظ الاستثناء من جنس المستثنى منه فان كان شيأ خلاف جنسه يصح الاستثناء ولا تطلق وان أتى
على جميع المسمى نحو ان يقول نسائى طوالق الا هؤلاء وليس له نساء غيرهن فانه يصح الاستثناء ولا تطلق واحدة
منهن لان الاستثناء يعتبر فيه اللفظ والاشارة مع التسمية مختلفان لفظا فصح الاستثناء بخلاف قوله نسائى طوالق
الا نسائى ولان عند اختلاف اللفظين يكون معناه نسائى غير هؤلاء طوالق وهذا اضافة الطلاق الى غير هؤلاء وقيل
هذا اذا كان الاربع مادون هؤلاء فاذا كن أربعا لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن لانه لا يتصور استثناء غيرهن
فصار كما لو قال نسائى طوالق ولا نساء له وهناك لا يصح الاستثناء ويطلقن كلهن فيصير التقدير كانه قال نسائى
الا نسائى طوالق ولو قال ذلك طلقن كذا هذا وكذا هذا فى العتاق اذا قال عبيدى كلهم أحرار الا عبيدى لم يصح
الاستثناء وعتقوا جميعا ولو قال عبيدى أحرار الا هؤلاء وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم وكذلك هذا فى
الوصية اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان أو أوصيت لفلان بثلث مالى الا ألف درهم ومات وثلث ماله ألف درهم
صح الاستثناء وبطلت الوصية ولو قال أوصيت بثلث مالى الا ثلث مالى لم يصح الاستثناء وكان للموصى له ثلث ماله
ولو قال أنت طالق عشرا الا تسعا يقع واحدة والاصل انه اذا تكلم بالطلاق باكثر من الثلاث ثم استثنى منه فالاستثناء
يرجع الى جملة الكلام لا الى القدر الذى يصح وقوعه وهو الثلاث خاصة فيتبع اللفظ لا الحكم فلا يثبت الحكم فى
القدر المستثنى ويثبت فيما بقى قدر ما يصح ثبوته لانه تكلم بالباقى بعد الثنيا فاذا قال أنت طالق عشرا الا تسعا يقع
واحدة ولو قال الا ثمانيا يقع اثنتان واذا قال الا سبعا يقع ثلاث لما ذكرنا ان الاستثناء يتبع اللفظ لا الحكم فصح
الاستثناء ودخل على الجملة الملفوظة وعمل فيها فتبين ان القدر المستثنى لم يدخل فى الجملة فلا يقع قدر ما دخل عليه
الاستثناء ويقع الباقى وهو الثلاث لانه مما يصح وقوعه وكذلك اذا قال الا ستا أو خمسا أو أربعا أو ثلاثا أو اثنتين أو
واحدة يقع ثلاث لان الثلاث هى التى يصح وقوعها مما بقى اذ لا مزيد للطلاق على الثلاث ولو قال أنت طالق ثلاثا

الاثلاثا الا واحدة تقع واحدة والاصل فى مسائل الاستثناء من الاستثناء ان لتخريجها طريقين أحدهما انه ينظر الى الاستثناء الاخير فيجعل استثناء مما يليه ثم ينظر الى ما بقى منه فيجعل ذلك استثناء مما يليه هكذا الى الاستثناء الاول ثم ينظر الى الباقى من الاستثناء الاول فيستثنى ذلك القدر من الجملة الملفوظة فما بقى منها فهو الواقع فاذا قال أنت طالق ثلاثا الاثلاثا الاثلاثا الا واحدة يستثنى الواحدة من الثلاثة يبقى اثنتان يستثنيهما من الثلاثة فتبقى واحدة كانه قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين فان قال أنت طالق ثلاثا الاثلاثا الاثلاثا الا اثنتين يقع اثنتان لانك تستثنى الاثنتين من الثلاثة فتبقى احدة تستثنيها من الثلاثة فيبقى اثنتان فان قال أنت طالق ثلاثا الاثلاثا الا اثنتين الا واحدة يقع واحدة لانك تستثنى الواحدة من اثنتين فيبقى واحدة تستثنيها من الثلاث فيبقى اثنتان تستثنيهما من الثلاث فيبقى واحدة هى الواقع وكذلك اذا قال أنت طالق عشرا الا تسعا الا ثمانيا انك تستثنى ثمانيا من تسع فبقى واحدة تستثنيها من العشر فيبقى تسع كانه قال أنت طالق تسعا فيقع ثلاث فان قال أنت طالق عشرا الا تسعا الا واحدة يقع ثنتان لانك اذا استثنيت الواحدة من التسع يبقى ثمانية تستثنيها من العشر فيبقى اثنتان كانه قال أنت طالق عشرا الا ثمانيا وعلى هذا جميع هذا الوجه وقياسه والثانى يرجع الى عقد اليد وهو أن تعقد العدد الاول بيمينك والثانى بيسارك والثالث تضمه الى ما فى يمينك والرابع بيسارك تضمه الى ما بيسارك ثم تطرح ما اجتمع فى يسارك من جملة ما اجتمع فى يمينك فما بقى فى يمينك فهو الواقع والله أعلم * وأما مسائل النوع الثانى من الاستثناء وهو تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل فنقول اذا علق طلاق امرأته بمشيئة الله يصح الاستثناء ولا يقع الطلاق سواء قدم الطلاق على الاستثناء فى الذكر بان قال أنت طالق ان شاء الله أو أخره عنه بان قال ان شاء الله تعالى فانت طالق وهذا قول عامة العلماء وقال مالك لا يصح الاستثناء والطلاق واقع وعلى هذا تعليق العتق والنذر واليمين بمشيئة الله سبحانه وتعالى وجه قوله ان هذا ليس تعليقا بشرط لان الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود ومشيئة الله تعالى أزلية لا تحتمل العدم فكان هذا تعليقا بامر كائن فيكون تحقيقا لا تعليقا كما لو قال أنت طالق ان كانت السماء فوقنا ولنا قوله عز وجل خبرا عن موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام ستجدنى ان شاء الله صابرا وصح استثناؤه حتى لم يصر بترك الصبر مخلفا فى الوعد ولولا صحة الاستثناء لصار مخلفا فى الوعد بالصبر والخلف فى الوعد لا يجوز والنبى معصوم وقال سبحانه وتعالى ولا تقولن لشئ انى فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله أى الا أن تقول ان شاء الله ولو لم تحصل به صيانة الخبر عن الخلف فى الوعد لم يكن للامر به معنى وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق أو عتاق وقال ان شاء الله فلا حنث عليه وهذا نص فى الباب وروى انه صلى الله عليه وسلم قال من استثنى فله ثنياه ولان تعليق الطلاق بمشيئة الله تعالى تعليق بما لا يعلم وجوده لانا لا ندرى انه شاء وقوع هذا الطلاق أو لم يشأ على معنى ان وقوع هذا الطلاق هل دخل تحت مشيئة الله تعالى أو لم يدخل فان دخل وقع وان لم يدخل لا يقع لان ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن فلا يقع بالشك وبه تبين ان هذا ليس تعليقا بامر كائن ولان دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى غير معلوم وهذا هو تفسير تعليق الطلاق بمشيئة الله عز وجل ومن الناس من فرق بين الطلاق والعتاق فقال لا يقع الطلاق ويقع العتاق وزعم بانه لم توجد المشيئة فى الطلاق ووجدت فى العتاق لان الطلاق مكروه الشرع والعتق مندوب اليه وهذا هو مذهب المعتزلة ان ارادة الله تعالى تتعلق بالقرب والطاعات لا بالمكان والمعاصى وان الله تعالى أراد كل خير وصلاح من العبد ثم العبد قد لا يفعله لسوء اختياره وبطلان مذهبهم يعرف فى مسائل الكلام ثم انهم ناقضوا حيث قالوا فيمن حلف فقال لاصومن غدا ان شاء الله تعالى أو قال لاصلين ركعتين أو لاقضين دين فلان فمضى الغد ولم يفعل شيئا من ذلك انه لا يحنث ولو شاء الله تعالى كل خير لحنث لان هذه الافعال خيرات وقد شاءها عندهم وكذلك لو قال أنت طالق لو شاء الله تعالى أو قال ان لو يشاء الله تعالى لما قلنا وكذا لو قال الا أن يشاء الله لان معناه الا أن يشاء الله أن لا يقع وذلك غير معلوم وكذا لو قال ما شاء الله تعالى لان معناه الذى شاءه الله تعالى ولو قال أنت

طالق ان لم يشا الله تعالى يكون المستثنى كقوله ان شاء الله تعالى لان هذا فى الحقيقة تعليق بعدم دخول الوقوع تحت مشيئة الله تعالى وذلك غير معلوم ولو قال أنت طالق وان شاء الله أو قال فان شاء الله تعالى لم يكن استثناء عند أبى يوسف لانه حال بين الطلاق و بين الاستثناء حرف هو حشو فيصير فاصلا بمنزلة السكتة فيمنع التعليق بالشرط فيقع فى الحال ولو قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله تعالى لا يصح الاستثناء ويقع الثلاث فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق ثلاثا وواحدة ان شاء الله تعالى وجه قولهما ان فى الاستثناء الموصول يتقف أول الكلام على آخره فكان قوله ثلاثا وثلاثا كلاما واحدا فيعمل فيه الاستثناء كما لو قال أنت طالق ستا ان شاء الله تعالى ولانه جمع بين الجملتين بحرف الجمع وهو حرف الواو فصار كما لو ذكرهما بلفظ واحد فقال أنت طالق ستا ان شاء الله تعالى ولابى حنيفة ان العدد الثانى وقع لغوا لانه لا يتعلق به حكم اذ لا مزيد للطلاق على الثلاث فصار فاصلا فمنع صحة الاستثناء كما لو سكت بخلاف ما لو قال انت طالق ستا لانه ذكر الكل جملة واحدة فلا يمكن فصل البعض عن البعض ولو قال أنت طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله تعالى جاز الاستثناء فى قولهم جميعا لان الكلام الثانى ههنا ليس بلغو لانه جملة يتعلق بها حكم فلم يصر فاصلا بخلاف الفصل الاول ولو جمع بين جملتين بحرف الواو ثم قال فى آخرهما ان شاء الله تعالى بان قال امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله تعالى انصرف الاستثناء الى الجملتين جميعا حتى لا يقع الطلاق والعتاق بالاتفاق وكذا اذا ذكر الشرط فى آخر الجملتين بان قال ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا ولو قال لزيد على ألف درهم ولعمرو على ألف درهم الا خمسمائة انصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة عند عامة العلماء وقال بعضهم ينصرف الى جميع ما تقدم من الجمل وبه أخذ الشافعى وعلى هذا الاصل بنوا مسئلة المحدود فى القذف اذا تاب وشهد لان قوله الا الذين تابوا منصرف الى ما يليه عندنا وعندهم الى جميع ما تقدم وجه قول هؤلاء ان واو العطف اذا دخل بين الكلامين يجعلهما كلاما واحدا كما فى قول القائل جاءنى زيد وعمرو ومعناه جاآنى وكما اذا قال امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله تعالى أو قال ان دخلت الدار انه يتعلق الامران جميعا بالشرط وان كان كل واحد منهما جملة تامة لكن لما دخل بينهما واو العطف جعل كلاما واحدا وتعلقا جميعا بالشرط كذا هذا ولهذا اذا كان المعطوف ناقصا شارك الاول فى حكمه وجعل الكل كلاما واحدا بان قال لامرأته أنت طالق وفلانة حتى يقع الطلاق عليهما كذا هذا ولنا ان الاصل فى الاستثناء أن ينصرف الى ما يليه لانه أقرب اليه ومتصل به ولانه ليس بكلام مفيد بنفسه مستقل بذاته فلا بد من ربطه بغيره ليصير مفيدا وهذه الضرورة تندفع بالصرف الى ما يليه فانصرف الى غيره من الجمل المتقدمة بدخول حرف العطف بين الجملتين فيجعلهما كلاما واحدا وجملة واحدة وانما يجعل كلاما واحدا والجملتان جملة واحدة بواو العطف اذا كانت احدى الجملتين ناقصة بحيث لو فصلت عن الجملة الاخرى لا تكون مفيدة فاما اذا كانت كاملة بحيث لو فصلت عن الاخرى كانت مفيدة فلا يجعلان كلاما واحدا الا ان الجعل للعطف الموجب للشركة والشركة ثابتة بدون حرف الواو فكان الوصل والاشراك بحرف الواو وعدمه سواء ولان جعل الكلامين كلاما واحدا خلاف الحقيقة فلا يصار اليه الا لضرورة وهى أن تكون احدى الجملتين ناقصة اما صورة أو معنى كما فى قول القائل جاءنى زيد وعمرو فان الجملة الثانية ناقصة لانها مبتدأ لا خبر له فجعلت كاملة بالاشراك بحرف الواو وكما فى قول الرجل لامرأتيه زينب طالق وعمرة لما قلنا أو تكون ناقصة معنى فى حق حصول غرض المتكلم كما فى قوله امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله تعالى أو ان دخلت الدار فان هناك احدى الجملتين ناقصة فى حق حصول غرض الحالف لان غرضه أن يجعلهما جميعا جزاء واحدا للشرط وان كان كل واحد فى نفسه يصلح جزاء تاما وهذا الغرض لا يحصل الا بالاشراك والوصل فيكون أحدهما بعض الجزاء فكانت جملة ناقصة فى المعنى وهو تحصيل غرضه فيجعل كانه ناقص فى أصل الافادة ومثل هذه الضرورة لم توجد ههنا فبقيت كل جملة منفردة بحكمها وان كانت معطوفة بحرف الواو كما لو قال جاءنى زيد وذهب عمرو فان هذا

عطف جملة على جملة بحرف الواو ولم تثبت الشركة بينهما فى الخبر لما قلنا كذا هذا ولو أدخل الاستثناء على جملتين كل واحدة منهما يمين بان قال امرأتى طالق ان دخلت الدار وعبدى حران كلمت فلانا ان شاء الله تعالى انصرف الاستثناء الى ما يليه فى قول أبى يوسف فتطلق امرأته ولا يعتق عبده وقال محمد ينصرف الى الجملتين جميعا ولا يقع الطلاق ولا العتاق وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا ان الكلام معطوف بعضه على بعض بحرف العطف لانه عطف احدى الجملتين على الاخرى بحرف الواو فيجعلهما كلاما واحدا كما فى التنجيز بان يقول امرأته طالق وعبده حر ان شاء الله تعالى وأى فرق بين التنجيز والتعليق وحجة أبى يوسف على نحو ما ذكرنا ان الاصل فى الاستثناء أن ينصرف لما يليه لما بينا وانصرافه الى غيره لتتم الجملة الناقصة صورة ومعنى أو معنى على ما ذكرنا وههنا كل واحدة من الجملتين تامة صورة ومعنى أما الصورة فظاهر وأما المعنى فلانه لما علق كل جزاء بشرط على حدة علم ان غرضه ليس جعلهما جميعا جزاء واحدا فكان كل واحد منهما جملة واحدة فكان كل واحد منهما من الطلاق والعتاق جزاء تاما صورة ومعنى ولو قدم الاستثناء فقال ان شاء الله تعالى فأنت طالق فهو استثناء صحيح لانه وصل الطلاق بالاستثناء بحرف الوصل وهو الفاء فيصح التعليق بمشيئة الله تعالى كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله تعالى وأنت طالق لان الواو للجمع فتصير الجملة كلاما واحدا ولو قال ان شاء الله تعالى أنت طالق جاز الاستثناء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يقع الطلاق وقال محمد هو استثناء منقطع والطلاق واقع فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل انه أراد به الاستثناء (وجه) قول محمد ان الجزاء اذا كان متأخرا عن الشرط لا بد من ذكر حرف الاتصال وهو حرف الفاء ليتصل الجزاء بالشرط واذا لم يوجد لم يتصل فكان قوله ان شاء الله تعالى استثناء منقطعا فلم يصح ويقع الطلاق كما اذا قال ان دخلت الدار أنت طالق فانه لا يتعلق لعدم حرف التعليق وهو حرف الفاء فيبقى تنجيزا فيقع الطلاق كذا هذا ولهما ان الفاء يضمر فى كلامه تصحيحا للاستثناء والاضمار فى مثل هذا الكلام جائز قال الشاعر

من يفعل الحسنات الله يشكرها ❊ والشر بالشر عند الله مثلان

أى فالله يشكرها أو يجعل الكلام على التقديم والتأخير تصحيحا للاستثناء كانه قال أنت طالق ان شاء الله تعالى والتقديم والتأخير فى الكلام جائز أيضا فى اللغة وهذان الوجهان يصحان لتصحيح الاستثناء فيما بينه وبين الله تعالى لا فى القضاء لان كل واحد منهما خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى ألا ترى انه اذا قال ان دخلت الدار أنت طالق لا يتعلق وان أمكن تصحيح التعليق باحد هذين الطريقين لكن لما كان خلاف الظاهر لم يتعلق ولا يصدق انه أراد به التعليق فى القضاء وانما يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لا غير كذا هذا (ووجه) الفرق بين المسئلتين ان الحاجة الى ذكر حرف الفاء فى التعليق بسائر الشروط اذا كان الجزاء متأخرا عن الشرط فى الملك ليتصل الجزاء بالشرط فيوجد عند وجود الشرط لانه شرط يمكن الوقوف عليه والعلم به على تقدير وجوده فلا بد من وصل الجزاء بالشرط بحرف الوصل بخلاف التعليق بمشيئة الله تعالى ووقوع هذا الطلاق مما لا سبيل لنا الى الوقوف عليه رأسا حتى تقع الحاجة الى وصل الجزاء به ليوجد عند وجوده فكان تعطيلا فى علمنا فلا حاجة الى ذكر حرف الوصل قبل هذا الشرط والدليل على التفرقة بين الشرطين انه اذا قال ان شاء الله تعالى وأنت طالق يصح الاستثناء ولو قال ان دخلت الدار وأنت طالق لا يصح التعليق ويقع الطلاق للحال ولو قال عنيت به التعليق لا يصدق قضاء ولا ديانة لما ذكرنا كذا هذا هذا كله اذا علق الطلاق بمشيئة الله تعالى فأما اذا علق الطلاق بمشيئة غير الله فان علق بمشيئة من يوقف على مشيئته من العباد بأن قال ان شاء زيد فالطلاق موقوف على مشيئته فى المجلس الذى يعلم فيه بالتعليق لان هذا النوع من التعليق تمليك لما نذكر فيتقيد بالمجلس كسائر التمليكات وان علقه بمشيئة من لا يوقف على مشيئته نحو ان يقول ان شاء جبريل أو الملائكة أو الجن أو الشياطين فهو بمنزلة التعليق بمشيئة الله تعالى لانه لا يوقف على مشيئة هؤلاء كما

لا يوقف على مشيئة الله عز وجل فصار كأنه قال ان شاء الله تعالى ولو جمع بين مشيئة الله تعالى و بين مشيئة العباد فقال ان شاء الله تعالى وشاء زيد فشاء زيد لم يقع الطلاق لانه علقه بشرطين لا يعلم وجود أحدهما والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما لو قال ان شاء زيد وعمر فشاء أحدهما والله الموفق (ومنها) أن لا يكون انتهاء الغاية فان كان لا يقع وهذا قول أبي حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط و يقع وان جعل انتهاء الغاية وهل يشترط أن لا يكون ابتداء الغاية قال أصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر يشترط والاصل في هذا ان عند زفر الغايتان لا يدخلان ثم ينظر ان بقي بينهما شئ وقع والا فلا وعند أبي يوسف ومحمد الغايتان تدخلان وعند أبي حنيفة الاولى تدخل لا الثانية و بيان هذه الجملة اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة الى اثنتين أو ما بين واحدة الى اثنتين فهي واحدة عند أبي حنيفة وعندهما هي اثنتان وعند زفر لا يقع شئ ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث فهي اثنتان في قول أبي حنيفة وعندهما هي ثلاث وعند زفر هي واحدة (وجه) قول زفر ان كلمة من لابتداء الغاية وكلمة الى لانتهاء الغاية يقال سرت من البصرة الى الكوفة أي البصرة كانت ابتداء غاية المسير والكوفة كانت انتهاء غاية المسير والغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في البيع فانه اذا قال بعت منك من هذا الحائط الى هذا الحائط فالحائطان لا يدخلان في البيع فكان هذا منه ايقاع ما ضربت له الغاية لا الغاية فيقع ما ضربت له الغاية لا الغاية وكذا اذا قال بعتك ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط لا يدخل الحائطان في البيع كذا ههنا ولهذا لم تدخل احدى الغايتين عند أبي حنيفة كذا الاخرى ولهما ان ما جعل غاية لا بد من وجوده اذ المعدوم لا يصلح غاية ومن ضرورة وجوده وقوعه ولهذا دخلت غاية الاولى فكذا الثانية بخلاف البيع فان الغاية هناك كانت موجودة قبل البيع فلم يكن وجودها بالبيع ليكون من ضرورة وجودها بالبيع دخولها فيه فلم تدخل وأبو حنيفة بنى الامر في ذلك على العرف والعادة فان الرجل يقول في العرف والعادة لفلان علي من مائة درهم الى الف و يريد به دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا يقال سن فلان من تسعين الى مائة و يراد به دخول الغاية الاولى لا الثانية وكذا اذا قيل ما بين تسعين الى مائة وقيل ان الاصمعي ألزم زفر هذا الفصل على باب الرشيد فقال له كم سنك فقال من سبعين الى ثمانين وكان سنه أقل من ثمانين فتحير زفر ولان انتهاء الغاية قد تدخل تحت ما ضربت له الغاية وقد لا تدخل قال الله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل والليل لم يدخل تحت الامر بالصوم فيه فوقع الشك في دخول الغاية الثانية في كلامه فلا يدخل مع الشك فان نوى واحدة في قوله من واحدة الى ثلاث كما قال زفر دين فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر وقياس ظاهر أصلهما في قوله أنت طالق من واحدة الى اثنتين انه يقع الثلاث لان الغايتين يدخلان عندهما الا أنه يحتمل انه جعل تلك الواحدة داخلة في الثنتين و يحتمل انه جعلها غير الثنتين فلا تقع الزيادة على الثنتين بالشك وروي عن أبي يوسف أنه قال في رجل قال لامرأته أنت طالق اثنتين الى اثنتين انه يقع ثنتان لانه يحتمل أن يكون جعل الابتداء هو الغاية كأنه قال أنت طالق من اثنتين اليهما وكذا روي عن أبي يوسف أنه قال اذا قال أنت طالق ما بين واحدة وثلاث فهي واحدة لانه ما جعل الثلاث غاية وانما أوقع ما بين العددين وهو واحدة فتقع واحدة وان قال أنت طالق ما بين واحدة الى أخرى أو من واحدة الى واحدة فهي واحدة أما على أصل أبي حنيفة فلأن الغاية الاولى تدخل ولا تدخل الثانية فتقع واحدة وأما على أصلهما فالغايتان وان كانتا يدخلان جميعا لكن يحتمل أن يكون المراد من قوله من واحدة الى واحدة أي منها واليها فلا يقع أكثر من واحدة وأما على أصل زفر فالغايتان لا يدخلان ولم يبق بينهما شئ والله عز وجل أعلم (ومنها) أن لا يكون مضروبا فيه فان كان لا يقع و يقع المضروب وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر هذا ليس بشرط و يقع المضروب والمضروب فيه و بيان ذلك فيمن قال لامرأته أنت طالق واحدة في اثنتين أو قال واحدة في ثلاث أو اثنتين في اثنتين وجملة الجواب فيه انه ان نوى به الظرف والوعاء لا يقع الا المضروب لان الطلاق لا يصلح

ظرفا وان نوى مع يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه بلا خلاف وان نوى به الضرب والحساب ولم تكن له نية يقع المضروب لا المضروب فيه عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يقع المضروب والمضروب فيه بقدر ما يصح وقوعه (وجه) قوله ان الواحد في اثنين اثنان على طريق الضرب والحساب والواحد في الثلاثة ثلاثة والاثنان في الاثنين أربعة وهذا يقتضي وقوع المضروب والمضروب فيه كما لو جمع بينهما بلفظ واحد فقال أنت طالق اثنتين أو ثلاثا أو أربعا الا أن العدد المجتمع له عبارتان احداهما الاثنان والثلاثة والاربعة والاخرى واحد في اثنين و واحد في ثلاثة واثنان في اثنين (ولنا) وجوه ثلاثة أحدها ان الضرب انما يتقدر فيما له مساحة فأما ما لا مساحة له فلا يتقدر فيه الضرب لان تقدير ضرب الاثنين في الاثنين خطان يضم اليهما خطان آخران فمن هذا الوجه يقال الاثنان في الاثنين أربعة والطلاق لا يحتمل المساحة فاذا نوى في عدد الطلاق الضرب فقد أراد محالا فبطلت نيته والثاني ان الشئ لا يتعدد بالضرب وانما يتكرر أجزاؤه فواحد في اثنين واحد له جزآن واثنان في اثنين اثنان له أربعة أجزاء وطلاق له جزء وطلاق له جزآن وثلاثة وأربعة وأكثر من ذلك سواء والثالث انه جعل المضروب فيه ظرفا للمضروب والطلاق لا يصلح ظرفا اذ ظرف الشئ هو ما يحتوي عليه ولا يتصور احتواء الطلاق على شئ لان الاحتواء من خواص الاجسام فلا يصلح ظرفا للمضروب فلا يقع ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق في دخولك الدار أو قال لها أنت طالق في حيضتك لا يقع للحال لانه جعل الدخول والحيض ظرفا وانهما لا يصلحان ظرفا لاستحالة تحقق معنى الظرف فيهما الا ان ثمة يتعلق الطلاق بالدخول والحيض ويجعل في بمعنى مع لمناسبة لان مع كلمة مقارنة والمظروف يقارن الظرف فصار كانه قال أنت طالق مع دخول الدار أو مع حيضك وههنا لو أراد بفي مع في قوله في اثنين أو في ثلاث يقع الثلاث وكذا لو أراد بكلمة في حرف الواو لان الواو للجمع والظرف يجامع المظروف من جميع الجهات فيجوز استعماله كله والظرف على ارادة المقارنة أو الاجتماع من جهة واحدة والله تعالى الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى الوقت فهو مضي مدة الايلاء وهو شرط وقوع الطلاق بالايلاء حتى لا يقع الطلاق قبل مضي المدة لان الايلاء في حق أحد الحكمين وهو البر طلاق معلق بشرط ترك الفيء في مدة الايلاء لقوله عز وجل وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وروى عن ابن عباس وعدة من الصحابة رضي الله عنهم ان عزم الطلاق ترك الفيء اليها أربعة أشهر فقد جعل ترك الفيء أربعة أشهر شرط وقوع الطلاق في الايلاء والكلام في الايلاء يقع في مواضع في تفسير الايلاء لغة وشرعا وفي بيان ركن الايلاء وفي بيان شرائط الركن وفي بيان حكم الايلاء وفي بيان ما يبطل به الايلاء أما تفسيره فالايلاء في اللغة عبارة عن اليمين يقال آلى أي حلف ولهذا سميت اليمين ألية وجمعها ألايا قال الشاعر

قليل الالايا حافظ ليمينه * وان صدرت منه الالية برت

وفي حرف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وابن عباس رضي الله عنهما للذين يقسمون من نسائهم والقسم واليمين من الاسماء المترادفة وقال الله تعالى ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أي ولا يحلف وفي الشريعة عبارة عن اليمين على ترك الجماع بشرائط مخصوصة نذكرها في مواضعها ان شاء الله تعالى وأما ركنه فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع في الفرج مؤكدا باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء حتى لو امتنع من جماعها أو هجرها سنة أو أكثر من ذلك لم يكن موليا ما لم يأت بلفظ يدل عليه لان الايلاء يمين لما ذكرنا واليمين تصرف قولي فلا بد من القول ولو أتى بلفظ يدل على نفي الجماع فيما دون الفرج لم يكن ذلك ايلاء في حق حكم البر لان حكم البر انما يثبت لصيرورته ظالما بترك الجماع في الفرج لان حقها فيه ولو ذكر لفظا يدل على منع نفسه عن الجماع في الفرج بطريق يؤكده باليمين لم يكن ايلاء لان الظلم بالمنع والمنع لا يتأكد الا باليمين وقال الشافعي في القديم لا يكون موليا الا بالحلف بالله تعالى فظاهر الآية الكريمة يدفع هذا القول لان الله تعالى قال للذين يؤلون من نسائهم فالايلاء في اللغة عبارة عن اليمين واسم اليمين يقع

على اليمين بالله تعالى ويقع على اليمين بالشرط والجزاء لتحقق معنى اليمين وهو القوة ولو حلف بغير الله عز وجل وبغير الشرط والجزاء لا يكون موليا حتى لا تبين بمضى المدة من غير فىء ولا كفارة عليه ان قربها لانه ليس بيمين لانعدام معنى اليمين وهو القوة وقال النبى صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليذر وروى من حلف بغير الله فقد أشرك أما الالفاظ الدالة على منع النفس عن الجماع فانواع بعضها صريح وبعضها يجرى مجرى الصريح وبعضها كناية أما الصريح فلفظ المجامعة بان يحلف ان لا يجامعها واما الذى يجرى مجرى الصريح فلفظ القربان والوطء والمباضعة والافتضاض فى البكر بان يحلف ان لا يقربها أو لا يطأها أو لا يباضعها أو لا يفتضها وهى بكر لان القربان المضاف الى المرأة يراد به الجماع فى العرف قال الله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وكذا الوطء المضاف اليها غلب استعماله فى الجماع قال النبى صلى الله عليه وسلم فى سبايا أوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والمباضعة مفاعلة من البضع وهو الجماع أو الفرج والافتضاض فى العرف عبارة عن جماع البكر وهو كسر العذرة مأخوذ من الفض وهو الكسر وكذا اذا حلف لا يغتسل منها لان الاغتسال منها لا يكون الا بالجماع فاما الجماع فى غير الفرج فلا غتسال لا يكون منها وانما يكون من الانزال ألا يرى انه ما لم ينزل لا يجب الغسل وفى الجماع فى الفرج لا يقف وجوب الاغتسال على وجود الانزال ولو قال لم أعن به الجماع لا يدين فى القضاء لكونه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لان اللفظ يحتمله فى الجملة وأما الكناية فنحو لفظة الاتيان والاصابة بان حلف لا يأتيها أو لا يصيب منها يريد الجماع لانهما من كنايات الجماع لانهما يستعملان فى الجماع وفى غيره استعمالا على السواء فلا بد من النية وكذا لفظة الغشيان بان حلف لا يغشاها لان الغشيان يستعمل فى الجماع قال الله تعالى فلما تغشاها أى جامعها ويستعمل فى المجىء وفى الستر والتغطية قال الله تعالى يوم يغشاهم العذاب قيل يأتيهم وقيل يسترهم ويغطيهم فلا بد من النية وكذا اذا حلف لا يمس جلده جلدها وقال لم أعن به الجماع يصدق لانه يحتمل الجماع ويحتمل المس المطلق فيحنث بغير الجماع والايلاء ما وقف الحنث فيه على الجماع ولانه يمكنه جماعها بغير مماسة الجلد بان يلف ذكره بحرير فيجامعها وكذا اذا حلف لا يمسها لما قلنا وكذا اذا حلف لا يضاجعها أو لا يقرب فراشها وقال لم أعن به الجماع فهو مصدق فى القضاء لان هذا اللفظ يستعمل فى الجماع ويستعمل فى غيره استعمالا واحدا ولانه يمكنه جماعها من غير مضاجعة ولا قرب فراش ولو حلف لا يجتمع رأسى ورأسك فان عنى به الجماع فهو مول لانه يحتمل الجماع وان لم يعن به الجماع لم يكن موليا ولا يجتمعان على فراش ولا مرفقة لئلا يلزمه الكفارة وله جماعها من غير اجتماع على الفراش ولا شىء يجمع رأسها عليه ولو حلف لا يجمع رأسى ورأسك وسادة أو لا يؤوينى واياك بيت أو لا أبيت معك فى فراش فان عنى به الجماع فهو مول لانه يحتمل الجماع فتصح نيته وكيفما جامعها فهو حانث وان لم يعن به الجماع فليس بمول ولا يأوى معها فى بيت ولا يبيت معها فى فراش ولا يجتمعان على وسادة لئلا تلزمه الكفارة ويطؤها على الارض والبوادى ولو حلف لاسوءنك أو لاغيظنك لا يكون موليا الا اذا عنى به ترك الجماع لان المساءة قد تكون بترك الجماع وقد تكون بغيره وكذا الغيظ فلا بد من النية وأما اليمين بالله تعالى وبصفاته فهى الحلف باسم من أسماء الله تعالى أو بصفة من صفاته بلفظ لا يستعمل فى غير الصفة أو يستعمل فى الصفة وفى غيرها لكن على وجه لا يغلب استعماله فى غير الصفة وموضع معرفة هذه الجملة كتاب الايمان ثم الايلاء اذا كان بالله تعالى فالمولى لا يخلو اما ان أطلق الايلاء واما ان علقه بشرط واما ان أضافه الى وقت واما ان وقته الى غاية فان أطلق بان قال لامرأته والله لا أقربك كان موليا للحال والاصل فيه ان من منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح ان يكون مانعا وبما يحلف به عادة يصير موليا أو يقال من لا يمكنه قربان زوجته فى المدة من غير شىء يلزمه بسبب اليمين فهو مول وقد وجد ههنا لان ذكر اسم الله تعالى يصلح مانعا لحرز اعن الهتك وهو ما يحلف به عادة وعرفا وكذا لا يمكنه قربان زوجته فى المدة من غير شىء يلزمه وهو الكفارة فيصير موليا

وكذا

وكذا اذا قال لامرأتين له والله لا أقربكما وههنا ثلاثة فصول أحدها ان يقول لامرأتيه والله لا أقربكما أو يقول لنسائه الاربع والله لا أقربكن وهذا فصل واحد والثانى ان يقول والله لا أقرب احداكما أو أحداكن والثالث أن يقول والله لا أقرب واحدة منكما أو واحدة منكن أما الاول اذا قال لامرأتين له والله لا أقربكما صار موليا منهما للحال حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربهما فيهما بانتا جميعا و يبطل وكذا اذا قال لنسائه الاربع والله لا أقربكن صار موليا منهن للحال حتى لو لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر بن جميعا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس ان لا يصير موليا فى الاول ما لم يطأ واحدة منهما فيصير موليا من الاخرى وفى الثانى ما لم يطأ واحدة فيصير موليا من الاخرى وفى الثالث ما لم يطأ الثالثة منهن فيصير موليا من الرابعة وهو قول زفر وجه القياس ان المولى من لا يمكنه قربان امرأته من غير حنث يلزمه وههنا يمكنه فى الصورة الاولى قربان احداهما من غير حنث يلزمه لانه لا يحنث بوطء احداهما اذ جعل شرط الحنث قربانهما من غير شئ يلزمه ولم يوجد وفى الصورة الثانية يمكنه قربان الثلاث منهن من غير حنث يلزمه ألا ترى انه لا يحنث بوطء الثلاث منهن فلم يوجد حد المولى فلا يكون موليا واذا وطئ احداهما أو وطئ الثلاث منهن فلا يمكنه وطء الباقية الا بحنث يلزمه فوجد حد الايلاء فيصير موليا وجه الاستحسان ان المولى من لا يمكنه وطء امرأته فى المدة من غير شئ يلزمه بسبب اليمين وههنا لا يمكنه وطؤها فى المدة من غير شئ يلزمه بسبب اليمين لانه لو وطئ احداهما أو الثلاث منهن لزمه تعيين الاخرى للايلاء وهذا شئ يلزمه بسبب اليمين وقد وجد حد الايلاء فيكون موليا ولو قرب احداهما لا كفارة عليه لعدم شرط الحنث وهو قربانهما ولكن يبطل ايلاؤه منها لان ذلك يقف على القربان وقد وجد والايلاء فى حق الباقية على حاله لانعدام المبطل فى حقها وهو القربان ولو قربهما جميعا بطل ايلاؤهما وعليه كفارة اليمين لوجود المبطل لهما والموجب للكفارة وهو قربانهما ولو ماتت احداهما قبل مضى أربعة أشهر بطل ايلاؤها ولا تجب الكفارة وان وطئ الاخرى بعد ذلك بالاجماع لان شرط وجوب الكفارة قربانهما ولم يوجد ولو طلق احداهما لا يبطل الايلاء وأما الثانى وهو ما اذا قال والله لا أقرب احداكما فانه يصير موليا من احداهما حتى لو وطئ احداهما لزمته الكفارة و بطل الايلاء لوجود شرط الحنث وهو قربان احداهما ولو ماتت احداهما أو طلق احداهما ثلاثا أو بانت بلا عدة تعينت الباقية للايلاء لزوال المزاحمة ولو لم يقرب إحداهما حتى مضت المدة بانت احداهما بغير عينها وله خيار أن يوقع الطلاق على أيتهما شاء لان الايلاء فى حق حكم البر تعليق الطلاق شرعا بشرط ترك القربان فى المدة فيصير كأنه قال ان لم أقرب احداكما أربعة أشهر فاحداكما طالق بائن ولو نص على ذلك فمضت المدة ولم يقرب احداهما طلقت احداهما غير عين وله الخيار يوقع على أيتهما شاء كذا هذا ولو أراد أن يعين الايلاء فى احداهما قبل مضى أربعة أشهر لا يملك ذلك حتى لو عين احداهما ثم مضت أربعة أشهر لم يقع الطلاق على المعينة بل يقع على احداهما بغير عينها و يخير فى ذلك لان اليمين تعلقت بغير المعينة فالتعيين يكون تغيير اليمين فلا يملك ذلك لان تغيير اليمين ابطالها من وجه واليمين عقد لازم لا يحتمل الطلاق فلا يحتمل التغيير ولان الايلاء فى حق البر تعليق الطلاق بشرط عدم القربان فى المدة ومتى علق الطلاق المبهم بشرط ثم أراد تغيير التعليق قبل وجود الشرط لا يقدر على ذلك كما اذا قال لامرأتيه اذا جاء غد فاحداكما طالق ثم أراد أن يعين احداهما قبل مجئ الغد لا يملك ذلك كذا هذا فاذا مضت المدة و بانت احداهما بغير عينها فله الخيار فى تعيين أيتهما شاء للطلاق لان الطلاق اذا وقع فى المجهولة يتخير الزوج فى التعيين فله أن يوقع الطلاق على احداهما فلو لم يوقع الطلاق على واحدة منهما حتى مضت أربعة أشهر أخرى وقعت تطليقة أخرى و بانت كل واحدة منهما بتطليقة فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا يقع الطلاق على الاخرى وجه رواية أبى يوسف أنه آلى من احداهما لا من كل واحدة منهما فلا يتناول الايلاء الا احداهما وجه ظاهر الرواية ان اليمين باقية لعدم الحنث فكان تعليق طلاق احداهما بمضى المدة من غير فىء باقيا فاذا مضت أربعة أشهر و وقع الطلاق على احداهما فقد زالت

مزاحمتهما واليمين باقية فتعينت الاخرى لبقاء اليمين فى حقها وتعليق طلاقها كما لو زالت المزاحمة بعد مضى المدة قبل اختيار الزوج بالموت بأن ماتت احداهما أليس أنه تتعين الاخرى كذا ههنا وهل يتكرر الطلاق على المولى منهما بالايلاء السابق بتكرار المدة لا نص فى هذه المسئلة واختلف المشايخ فيه وترجيح بعض الاقاويل فيه على البعض يعرف فى الجامع الكبير وكذلك لو عين الطلاق فى احداهما بعد مضى أربعة أشهر ثم مضت أربعة أشهر أخرى بانت الاخرى بتطليقة على جواب ظاهر الرواية وأما الثالث وهو ما اذا قال والله لا أقرب واحدة منكما فانه يصير موليا منهما جميعا حتى لو مضت مدة أربعة أشهر ولم يقربهما فيها بانتا جميعا كذا ذكر المسئلة فى الجامع من غير خلاف وهكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى فقال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف يكون موليا منهما استحسانا وعلى قول محمد يكون موليا من احداهما وهو القياس وجه القياس ان قوله واحدة منكما لا يعبر به عنهما بل عن احداهما فصار كقوله والله لا أقرب احداكما والدليل عليه أنه اذا قرب احداهما يحنث وتلزمه الكفارة فدل ان اليمين تناولت احداهما لا غير ووجه الاستحسان وهو الفرق بين المسئلتين ان قوله احداكما معرفة لانه مضاف الى الكناية والكنايات معارف بل أعرف المعارف والمضاف الى المعرفة معرفة والمعرفة تختص فى النفى كما تختص فى الاثبات وقوله واحدة منكما نكرة لانها نكرة بنفسها ولم يوجد ما يوجب صيرورتها معرفة وهو اللام أو الاضافة فبقيت نكرة وأنها فى محل النفى فتعم والدليل على التفرقة بينهما أنه يستقيم ادخال كلمة الاحاطة والاشتمال وهى كلمة كل على واحدة منكما ولا يستقيم ادخالها على احداكما حتى يصح أن يقال والله لا أقرب كل واحدة منكما ولا يصح أن يقال والله لا أقرب كل احداكما فدل ان قوله واحدة منكما يصلح لهما وقوله احداكما لا يصلح لهما الا أنه اذا قال والله لا أقرب واحدة منكما فقرب احداهما يبطل ايلاؤهما جميعا وتلزمه الكفارة لوجود شرط الحنث وهو قربان واحدة منهما بخلاف ما اذا قال والله لا أقربكما فقرب واحدة منهما انه يبطل ايلاؤهما ولا يبطل ايلاء الباقية حتى لا تجب عليه الكفارة اما بطلان ايلاء التى قربها فلوجود شرط البطلان وهو القربان ولم يوجد القربان فى الباقية فلا يبطل ايلاؤها واما عدم وجوب الكفارة فلعدم شرط الوجوب وهو قربانهما جميعا ولو قال لامرأته وأمته والله لا أقربكما لا يكون موليا من امرأته ما لم يقرب الامة فاذا قرب الامة صار موليا من امرأته لان المولى من لا يمكنه قربان امرأته فى المدة من غير شئ يلزمه وقبل أن يقرب الامة يمكنه قربان امرأته من غير حنث يلزمه لانه علق الحنث بقربانهما فلا يثبت بقربان احداهما فاذا قرب الامة فقد صار بحال لا يمكنه قربان زوجته من غير حنث يلزمه فصار موليا ولو قال والله لا أقرب احداكما لم يكن موليا فى حق البر لما ذكرنا ان قوله احداكما معرفة لكونه مضافا الى المعرفة والمعرفة تخص ولا تعم سواء كان فى محل الاثبات أو فى محل النفى فلا يتناول الا احداهما والايلاء فى حق البر تعليق الطلاق بشرط ترك القربان فى المدة فصار كأنه قال ان لم أقرب احداكما فى المدة فاحداكما طالق ولو قال ذلك لا يقع الطلاق الا اذا عنى امرأته وما عنى ههنا فلا يمكنه جعله ايلاء فى حق البر ولو قرب احداهما تجب الكفارة لانه بقى يمينا فى حق الحنث وقد وجد شرط الحنث فتجب الكفارة كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك ثم قربها حنث ولا يكون ذلك ايلاء فى حق البر كذا هذا ولو قال والله لا أقرب واحدة منكما كان موليا من امرأته لما ذكرنا ان الواحدة نكرة مذكورة فى محل النفى فتعم عموم الافراد كما لو قال لا أكلم واحدا من رجال حلب الا أنه لو قرب احداهما حنث لما ذكرنا ان شرط حنثه قربان واحدة منهما لا قربانهما وقد وجد ولو كان له امرأتان حرة وأمة فقال والله لا أقربكما صار موليا منهما جميعا لان كل واحدة منهما محل الايلاء فاذا مضى شهران ولم يقربهما بانت الامة لمضى مدتها من غير قربان واذا مضى شهران آخران بانت الحرة أيضا لتمام مدتها من غير فئ ولو قال والله لا أقرب احداكما يكون موليا من احداهما بغير عينها لان كل واحدة منهما محل الايلاء وقد أضاف الايلاء الى احداهما بغير عينها فيصير موليا من احداهما غير عين ولو أراد أن يعين احداهما قبل مضى الشهرين ليس له ذلك لما بينا فيما تقدم واذا مضى شهران ولم

تقربهما بانت الامة لا لانها عينت للايلاء بل لسبق مدتها واستوثقت مدة الايلاء على الحرة فاذا مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت الحرة لان اليمين باقية اذ لم يوجد الحنث فكان تعليق الطلاق على احداهما باقيا فاذا مضى شهران وقع الطلاق على الامة فقد زالت مزاحمتها واليمين باقية فتعينت الحرة لبقاء الايلاء في حقها وتعليق طلاقها بمضى المدة وانما استوثقت مدة الايلاء على الحرة لان ابتداء المدة انعقدت لاحداهما وقد تعينت الامة للسبق فيبتدأ الايلاء على الحرة من وقت بينونة الامة بخلاف ما اذا قال لهما والله لا أقربكما لان هناك انعقدت المدة لهما فاذا مضى شهران فقد تمت مدة الامة فتتم مدة الحرة بشهرين آخرين ولو ماتت الامة قبل مضى الشهرين تعينت الحرة للايلاء من وقت اليمين حتى اذا مضت أربعة أشهر من وقت اليمين تبين لزوال المزاحمة بموت الامة ولو قال والله لا أقرب واحدة منكما يكون موليا منهما جميعا حتى لو مضى شهران تبين الامة ثم اذا مضى شهران آخران تبين الحرة كما في قوله والله لا أقربكما الا أن ههنا اذا قرب احداهما حنث وبطل الايلاء لما ذكرنا فيما قبل وان علقه بشرط يتعلق به بأن قال ان دخلت هذه الدار وان كلمت فلانا فوالله لا أقربك وكذا اذا أضافه الى الوقت بأن قال اذا جاء غد فوالله لا أقربك أو قال اذا جاء رأس شهر كذا فوالله لا أقربك واذا وجد الشرط أو الوقت فيصير موليا ويعتبر ابتداء المدة من وقت وجود الشرط والوقت لان الايلاء يمين واليمين تحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت كسائر الايمان وان وقته الى غاية ينظر ان كان المجعول غاية لا يتصور وجوده في مدة الايلاء يكون موليا كما اذا قال وهو في شعبان والله لا أقربك حتى أصوم المحرم لانه منع نفسه عن قربانها بصالح مانعا لانه لا يمكنه قربانها الا بحنث يلزمه وهو الكفارة ألا ترى أنه لا يتصور وجود الغاية وهو صوم المحرم في المدة وكذلك يعد مانعا في العرف لانه يحلف به عادة وكذا لو قال والله لا أقربك الا في مكان كذا وبينه وبين ذلك المكان أربعة أشهر فصاعدا يكون موليا لانه لا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه وان كان أقل من ذلك لم يكن موليا لامكان القربان من غير شئ يلزمه وكذا لو قال والله لا أقربك حتى تفطمى صبيك وبينها وبين الفطام أربعة أشهر فصاعدا يكون موليا وان كان أقل من ذلك لم يكن موليا لما قلنا ولو قال والله لا أقربك حتى تخرج الدابة من الارض أو حتى يخرج الدجال أو حتى تطلع الشمس من مغربها فالقياس أن لا يكون موليا لتصور وجود الغاية في المدة ساعة فساعة فيمكنه قربانها في المدة من غير شئ يلزمه فلا يكون موليا وفى الاستحسان يكون موليا لان حدوث هذه الاشياء لها علامات يتأخر عنها بأكثر من مدة الايلاء على ما نطق به الاخبار فلا توجد هذه الغاية في زماننا في مدة أربعة أشهر عادة فلم تكن الغاية متصورة الوجود عادة فلا يمكنه قربانها من غير حنث يلزمه عادة فيكون موليا ولان هذا اللفظ يذكر على ارادة التأبيد في العرف فصار كأنه قال والله لا أقربك أبدا وكذا اذا قال والله لا أقربك حتى تقوم الساعة كان موليا وان كان يمكن في العقل قيام الساعة ساعة فساعة لكن قامت دلائل الكتاب العزيز والسنن المشهورة على انها لا تقوم الا بعد تقدم اشراطها العظام كطلوع الشمس من مغربها وخروج الدجال وخروج يأجوج ومأجوج ونحو ذلك ولم يوجد شئ من ذلك في زماننا فلم تكن الغاية قبلها متصورة الوجود عادة على ان مثل هذه الغاية تذكر ويراد بها التأبيد في العرف والعادة كما قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط أى لا يدخلونها أصلا ورأسا وكما يقال لا أفعل كذا حتى يبيض القار ويشيب الغراب ونحو ذلك فانه يصير كأنه قال والله لا أقربك حتى تموتى أو حتى أموت أو حتى تقتلى أو حتى أقتل أو حتى أقبلك أو حتى تقبليني كان موليا وان كان يتصور وجود هذه الاشياء في المدة لكن لا يتصور بقاء النكاح بعد وجودها فيصير حاصل هذا الكلام كأنه قال والله لا أقربك ما دمت زوجك أو ما دمت زوجتى أو ما دمت حيا أو ما دمت حية ولو قال ذلك كان موليا اذ لو لم يكن موليا لما تصور انعقاد الايلاء لان هذا التقدير ثابت في كل الايلاء ولو قال لامرأته وهى أمة الغير والله لا أقربك حتى أملكك أو أملك شقصا منك يكون موليا لان النكاح لا يبقى بعد ملكها أو شقص منها فصار كأنه قال والله لا أقربك ما دمت زوجك أو ما دمت زوجتى ولو قال والله لا أقربك

حتى اشتريك لا يكون موليا لان النكاح لا يرتفع بمطلق الشراء لجواز أن يشتريها لغيره فلا يملكها فلا يرتفع النكاح وكذا اذا قال حتى اشتريك لنفسي لانه قد يشتريها شراء فاسدا فلا يرتفع النكاح فلا يملكها لانه لا يملكها قبل القبض ولو قال حتى أشتريك لنفسي وأقبضك كان موليا لان الملك في الشراء الفاسد يثبت بالقبض فيرتفع النكاح فيصير تقديره والله لا أقربك مادمت في نكاحي وان كان مما يتصور بقاء النكاح مع وجوده فان كان مما لو حلف به لكان موليا يصير موليا اذا جعله غاية والا فلا هذا أصل أبي حنيفة ومحمد وأصل أبي يوسف انه ان أمكنه قربانها في المدة من غير حنث يلزمه لم يكن موليا وعلى هذا يخرج ما اذا قال والله لا أقربك حتى أعتق عبدي فلانا أو حتى أطلق امرأتي فلانة أو حتى أصوم شهرا انه يصير موليا في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يكون موليا لابي يوسف انه يتصور وجود هذه الغايات قبل مضي أربعة أشهر فيمكنه قربانها من غير حنث يلزمه بسبب اليمين فلا يكون موليا كما اذا قال والله لا أقربك حتى أدخل الدار أو حتى أكلم فلانا ولهما انه منع نفسه عن قربان زوجته بما يصلح أن يكون مانعا وهو ما يحلف به في العرف والعادة وهو عتق عبده وطلاق امرأته وصوم الشهر ولهذا لو حلف بهذه الاشياء لكان موليا فكذا اذا جعلها غاية وكذا لا يمكنه قربانها من غير شئ يلزمه بسبب اليمين اما وجوب الكفارة أو عتق العبد أو طلاق المرأة أو صوم الشهر فيصير في التقدير كانه قال ان قربتك فعبدي حر أو على كفارة يمين ولو قال ذلك لكان موليا كذا هذا بخلاف الدخول والكلام ولو قال لا أقربك حتى أقتل عبدي أو حتى أشتم عبدي أو حتى أشتم فلانا أو أضرب فلانا وما أشبه ذلك لم يكن موليا لانه لا يحلف بهذه الاشياء عرفا وعادة ولهذا لو حلف بشئ من ذلك لم يكن موليا فكذا اذا جعله غاية للايلاء وكذا اذا قال ان قربتك فعلى قتل عبدي أو ضرب عبدي أو شتم عبدي أو قتل فلان أو ضرب فلان أو شتم فلان لم يكن موليا كما لو قال فعلى ان أدخل الدار أو أكلم فلانا لما قلنا والله الموفق وأما اليمين بالشرط والجزاء فنحو قوله ان قربتك فامرأتي الاخرى طالق أو قال هذه طالق أو قال فعبدي هذا حر أو فأنت على كظهر أمي أو قال فعلى عتق رقبة أو فعلى حجة أو عمرة أو المشي الى بيت الله أو فعلى هدي أو صدقة أو صوم أو اعتكاف لان الايلاء يمين واليمين في اللغة عبارة عن القوة والحالف يتقوى بهذه الاشياء على الامتناع من قربان امرأته في المدة لان كل واحد منهما يصلح مانعا من القربان في المدة لانه يثقل على الطبع ويشق عليه فكان في معنى اليمين بالله عز وجل لحصول ما وضع له اليمين وهو التقوى على الامتناع من مباشرة الشرط وكذا يعد مانعا في العرف والعادة فان الناس تعارفوا الحلف بهذه الاشياء وكذا لبعضها مدخل في الكفارة وهو العتق والصدقة وهي الاطعام والصوم والهدي والاعتكاف لا يصح بدون الصوم والحج والعمرة وان لم يكن لهما مدخل في الكفارة فلهما تعلق بالمال فانه لا يتوصل اليهما الا بالمال غالبا فأشبه العتق والصدقة لتعلقهما بالمال وذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي خلاف أبي يوسف في قوله ان قربتك فعبدي حر ان على قول أبي يوسف لا يكون موليا ولم يذكر القاضي الخلاف في شرحه مختصر الطحاوي وجه قول أبي يوسف ان المولي من لا يمكنه قربان امرأته في المدة الا بحنث يلزمه وههنا يمكنه القربان من غير شئ يلزمه بان يبيع العبد قبل أن يقربها ثم يقربها فلا يلزمه شئ فلا يكون موليا (وجه) قولهما انه منع نفسه من قربانها بما يصلح مانعا بعد ما تعارف في العرف والعادة فكان موليا وأما قوله يمكنه أن يبيع العبد قبل القربان فلا يلزمه شئ بالقربان فيكون الملك قائما محتمل والظاهر بقاؤه والبيع موهوم فكان الحنث عند القربان لازما على اعتبار الحال ظاهرا وغالبا ولو قال ان قربتك فكل مملوك أملكه فيما يستقبل حر او قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فهو مول في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يكون موليا وجه قول أبي يوسف انه علق اليمين بالقربان وعند وجود القربان لا يلزمه شئ وانما يلزمه بعد التملك والتزوج والجزاء المانع من القربان ما يلزم عند القربان ولانه يقدر على أن يمتنع عن التملك والتزوج فلا يلزمه شئ فلا يكون موليا وجه قولهما انه جعل القربان شرطا لانعقاد اليمين وكون القربان شرط انعقاد اليمين يصلح مانعا عن القربان لانه اذا قربها

انعقدت اليمين واليمين اذا انعقدت يحتاج الى منع النفس عن تحصيل الشرط خوفا عن نزول الجزاء وبه تبين انه
لا يمكنه قربانها من غير شئ يلزمه وقت القربان وهو انعقاد اليمين التى يلزم عند انحلالها حكم الحنث فيصير موليا
وقوله يمكنه أن لا يملك فلا يلزمه شئ قلنا وقد يملك من غير تمليك بالارث فلا يمكنه الامتناع عنه ولو قال ان قربتك
فعلى صوم شهر كذا فان كان ذلك الشهر يمضى قبل مضى الاربعة الاشهر لم يكن موليا لانه اذا مضى يمكنه الوطء فى
المدة من غير شئ يلزمه وان كان لا يمضى قبل مضى الاربعة الاشهر فهو مول لانه لا يمكنه وطؤها فى المدة الا بصيام
يلزمه ولو قال ان قربتك فعلى أن أصلى ركعتين أو على ان أغزو لم يكن موليا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد
يكون موليا كذا ذكر القدورى فى شرحه مختصر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف بين
أبى يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبى حنيفة (وجه) قول محمد ان الصلاة مما يصح ايجابها بالنذر كالصوم والحج
فيصير موليا كما لو قال على صوم أو حج وجه قولهما ان هذا لا يصلح مانعا لانه لا يثقل على الطبع بل يسهل ولا يعد
مانعا فى العرف أيضا ألا ترى ان الناس لم يتعارفوا الحلف بالصلاة والغزو بخلاف الحج والصوم فلا يصير موليا كما لو
قال لله على صلاة الجنازة أو سجدة التلاوة وكذا لا مدخل للصلاة فى الكفارة ولا تعلق لها بالمال بخلاف الصوم
والحج ولو قال ان قربتك فعلى كفارة أو قال فعلى يمين فهو مول لان قوله فعلى كفارة التزام الكفارة نصا وقوله على يمين
موجب اليمين وهو الكفارة فكان بمنزلة قوله فعلى كفارة وقالوا فيمن قال ان قربتك فعلى نحر ولدى انه مول عند
أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر بناء على ان النذر بنحر الولد يصح ويجب ذبح شاة عندنا وعند زفر هو باطل لا يوجب شيأ ولو
قال ان قربتك فانت على مثل امرأة فلان وفلان كان آلى من امرأته فان نوى الايلاء كان موليا لانه شبهها بامرأة آلى
منها زوجها لاتيانه بلفظ موضوع للتشبيه فاذا نوى به الايلاء انصرف التشبيه اليه وان لم ينو التحريم ولا اليمين لم يكن
موليا لان التشبيه لا يقتضى المساواة فى جميع الصفات وقالوا فيمن قال لامرأته انا منك مول انه ان عنى به الخبر
بالكذب يصدق فيما بينه وبين الله ولا يكون موليا لان لفظه لفظ الخبر وخبر غير المعصوم يحتمل الكذب ولا
يصدق فى القضاء لان خبره يحمل على الصدق ولا يكون صادقا الا بثبوت المخبر به وان عنى به الايجاب كان
موليا فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لان هذا اللفظ يستعمل فى الايجاب فى العرف ولو آلى من امرأته ثم
قال لامرأة له أخرى قد أشركتك فى ايلائها كان باطلا لان الشركة فى الايلاء لو صحت لثبتت الشركة فى المدة فيصير
لكل واحدة منهما أقل من أربعة أشهر وهذا يمنع صحة الايلاء على ما نذكر ان شاء الله تعالى ولو قال ان قربتك فانت
على حرام فان نوى الطلاق فهو مول عندهم جميعا لانه اذا نوى به الطلاق فقد جعل الطلاق جزاء مانعا من القربان
فيصير كانه قال ان قربتك فانت طالق ولو قال ذلك لصار موليا كذا هذا وان نوى اليمين فهو مول للحال عند أبى حنيفة
وعند أبى يوسف ومحمد لا يكون موليا ما لم يقربها (وجه) قولهما ان قوله أنت على حرام اذا نوى به اليمين أو لا نية له
يكون ايلاء بلا خلاف بين أصحابنا كانه قال والله لا أقربك فصار الايلاء معلقا بالقربان كانه قال ان قربتك فوالله
لا أقربك ولو قال ذلك لا يكون موليا حتى يقربها كذا هذا ولابى حنيفة انه منع نفسه من قربان امرأته فى المدة
بما لا يصلح مانعا وهو التحريم وهو حد المولى فيصير موليا كما لو قال ان قربتك فانت على كظهر أمى ثم لا بد من
معرفة مسئلة الحرام أعنى قوله لامرأته أنت على حرام من غير التعليق بشرط القربان ان حكمها ما هو وجملة الكلام
فيه ان الامر لا يخلو اما ان أضاف التحريم الى شئ خاص نحو امرأته أو الطعام أو الشراب أو اللباس واما ان
أضافه الى كل حلال على العموم فان أضافه الى امرأته بان قال أنت على حرام أو قد حرمتك على أو أنا عليك حرام
أو قد حرمت نفسى عليك أو أنت محرمة على فان أراد به طلاقا فهو طلاق لانه يحتمل الطلاق وغيره فاذا نوى
به الطلاق انصرف اليه وان نوى ثلاثا يكون ثلاثا وان نوى واحدة يكون واحدة بائنة وان نوى اثنتين يكون
واحدة بائنة عندنا خلافا لزفر لانه من جملة كنايات الطلاق وان لم ينو الطلاق ونوى التحريم أو لم يكن له نية فهو

يمين عندنا و يصير موليا حتى لو تركها أربعة أشهر بانت بتطليقة لان الاصل فى تحريم الحلال ان يكون يمينا لما تبين وان قال أردت به الكذب يصدق فيما بينه و بين الله تعالى ولا يكون شيأ ولا يصدق فى نفى اليمين فى القضاء وقد اختلف السلف رضى الله عنهم فى هذه المسئلة روى عن أبى بكر وعمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعائشة رضى الله عنهم انهم قالوا الحرام يمين حتى روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال اذا حرم الرجل امرأته فهو يمين يكفرها اما كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه انه قال ان نوى طلاقا فطلاق وان لم ينو طلاقا فيمين يكفرها وعن زيد بن ثابت رضى الله عنه انه قال فيه كفارة يمين ومنهم من جعله طلاقا ثلاثا وهو قول على رضى الله عنه ومنهم من جعله طلاقا رجعيا وعن مسروق انه قال ليس ذلك بشىء ما أبالى حرمتها أو قصعة من ثريد وقال الشافعى ليس بيمين وفيه كفارة يمين بنفس اللفظ ولقب المسئلة ان تحريم الحلال هل هو يمين عندنا يمين وعنده ليس بيمين (وجه) قوله ان تحريم الحلال تغيير الشرع والعبد لا يملك تغيير الشرع ولهذا خرج قوله تعالى يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك مخرج العتاب لرسول الله صلى الله عليه وسلم فدل انه ليس لاحد ان يحرم ما أحل الله سبحانه وتعالى وبه تبين ان اليمين لا يحرم المحلوف عليه على الحالف وانما يمنعه منه بكونه حلالا (ولنا) الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله عز وجل يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك الى قوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم قيل نزلت الآية فى تحريم جاريته مارية القبطية لما قال صلى الله عليه وسلم هى على حرام وسمى الله تعالى ذلك يمينا بقوله قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم أى وسع الله عليكم أو أباح لكم ان تحلوا من أيمانكم بالكفارة وفى بعض القرا آت قد فرض الله لكم كفارة أيمانكم والخطاب عام يتناول رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمته وأما السنة فما روى ابن عباس عن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الحرام يمينا وأما الاجماع فما روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل الحرام يمينا و بعضهم نص على وجوب كفارة اليمين فيه وكفارة اليمين ولا يمين لا تتصور فدل على انه يمين وقول من جعله طلاقا ثلاثا محمول على ما اذا نوى الثلاث لان الحرمة نوعان غليظة وخفيفة فكانت نية الثلاث تعيين بعض ما يحتمله اللفظ فيصح واذا نوى واحدة كانت واحدة بائنة لان اللفظ ينبئ عن الحرمة والطلاق الرجعى لا يوجب الحرمة للحال واثبات حكم اللفظ على الوجه الذى ينبئ عنه اللفظ أولى ولان المخالف يوجب فيه كفارة يمين وكفارة اليمين تستدعى وجود اليمين فدل ان هذا اللفظ يمين فى الشرع فاذا نوى به الكذب لا يصدق فى ابطال اليمين فى القضاء لعدوله عن الظاهر وأما قوله ان تحريم الحلال تغيير الشرع فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان هذا ليس بتحريم الحلال من الحالف حقيقة بل من الله سبحانه وتعالى لان التحريم اثبات الحرمة كالتحليل اثبات الحل والعبد لا يملك ذلك بل الحرمة والحل وسائر الحكومات الشرعية ثبتت باثبات الله تعالى لا صنع للعبد فيها أصلا انما من العبد مباشرة سبب الثبوت هذا هو المذهب عند أهل السنة والجماعة فلم يكن هذا من الزوج تحريم ما أحله الله تعالى بل مباشرة سبب ثبوت الحرمة أو منع النفس عن الانتفاع بالحلال لان التحريم فى اللغة عبارة عن المنع وقد يمنع المرء من تناول الحلال لغرض له فى ذلك و يسمى ذلك تحريما قال الله تعالى وحرمنا عليه المراضع من قبل والمراد منه امتناع سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام عن الارتضاع من غير ثدى أمه لا التحريم الشرعى وعلى أحد هذين الوجهين يحمل التحريم المضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فان قيل لو كان الامر على ما ذكرتم لم يكن ذلك منه تحريم الحلال حقيقة فما معنى الحاق العتاب به فالجواب عنه من وجهين أحدهما ان ظاهر الكلام ان كان يوهم العتاب فليس بعتاب فى الحقيقة بل هو تخفيف المؤنة عليه صلى الله عليه وسلم فى حسن العشرة والصحبة مع أزواجه لانه كان مندوبا الى حسن العشرة معهن والشفقة عليهن والرحمة بهن فبلغ من حسن العشرة والصحبة مبلغا امتنع عن الامتناع بما أحل الله له يبتغى به حسن العشرة فخرج ذلك مخرج تخفيف المؤنة فى حسن

العشرة

العشرة معهن لا مخرج النهي والعتاب وان كانت صيغته صيغة النهي والعتاب وهو كقوله تعالى فلا تذهب نفسك عليهم حسرات والثاني ان كان ذلك الخطاب عتابا فيحتمل انه انما عوتب لانه فعل بلا اذن سبق من الله عز وجل وان كان ما فعل مباحا في نفسه وهو منع النفس عن تناول الحلال والانبياء عليهم الصلاة والسلام يعاتبون على أدنى شيء منهم يوجد مما لو كان ذلك من غيرهم لعد من أفضل شمائله كما قال تعالى عفا الله عنك لم أذنت لهم وقوله عبس وتولى ان جاءه الاعمى ونحو ذلك والثاني ان كان هذا تحريم الحلال لكن لم قلت ان كل تحريم حلال من العبد تغيير للشرع بل ذلك نوعان تحريم ما أحله الله تعالى مطلقا وذلك تغيير بل اعتقاده كفر وتحريم ما أحله الله مؤقتا الى غاية لا يكون تغييرا بل يكون بيان نهاية الحلال ألا ترى ان الطلاق مشروع وان كان تحريم الحلال لكن لما كان الحل مؤقتا الى غاية وجود الطلاق لم يكن التطليق من الزوج تغييرا للشرع بل كان بيان انتهاء الحل وعلى هذا سائر الاحكام التي تحتمل الارتفاع والسقوط وعلى هذا سبيل النسخ فيما يحتمل التناسخ فكذا قوله لامرأته أنت على حرام وان نوى بقوله أنت على حرام الظهار كان ظهارا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يكون ظهارا (وجه) قوله ان الظهار تشبيه الحلال بالحرام والتشبيه لا بد له من حرف التشبيه ولم يوجد فلا يكون ظهارا ولهما انه وصفها بكونها محرمة والمرأة تارة تكون محرمة بالطلاق وتارة تكون محرمة بالظهار فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه هذا اذا أضاف التحريم الى المرأة فاما اذا أضافه الى الطعام أو الشراب أو اللباس بان قال هذا الطعام على حرام أو هذا الشراب أو هذا اللباس فهو يمين عندنا وعليه الكفارة اذا فعل وقال الشافعي اذا قال ذلك في غير الزوجة والجارية لا يجب شيء وهي مسئلة تحريم الحلال انه يمين أم لا وجه قول الشافعي في المسئلة الاولى ما ذكرنا في المسئلة الاولى (ولنا) قوله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك قيل نزلت الآية في تحريم العسل وقد سماه الله تعالى يمينا بقوله سبحانه وتعالى قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فدل ان تحريم غير الزوجة والجارية يمين موجب للكفارة لان تحلة اليمين هي الكفارة فان قيل فقد روى انها نزلت في تحريم جاريته مارية فالجواب انه لا يمتنع ان تكون الآية الكريمة نزلت فيهما لعدم التنافي ولانه لو أضاف التحريم الى الزوجة والجارية لكان يمينا فكذا اذا أضيف الى غيرهما كان يمينا كلفظ القسم اذا أضيف الى الزوجة والجارية كان يمينا واذا أضيف الى غيرهما كان يمينا أيضا كذا هذا فان فعل كان يمينا مما حرمه قليلا أو كثيرا حنث وانحلت اليمين لان التحريم المضاف الى المعين يوجب تحريم كل جزء من أجزاء المعين كتحريم الخمر والخنزير والميتة والدم فاذا تناول شيئا منه فقد فعل المحلوف عليه فيحنث وتنحل اليمين بخلاف ما اذا حلف لا يأكل هذا الطعام فأكل بعضه انه لا يحنث لان الحنث هناك معلق بالشرط وهو أكل كل الطعام والمعلق بشرط لا ينزل عند وجود بعض الشرط ولو قال نسائي على حرام ولم ينو الطلاق فقرب احداهن كفر وسقطت اليمين فيهن جميعا لانه أضاف التحريم الى جمع فيوجب تحريم كل فرد من أفراد الجمع فصار كل فرد من أفراد الجمع محرما على الانفراد فاذا قرب واحدة منهن فقد فعل ما حرمه على نفسه فيحنث وتلزمه الكفارة وتنحل اليمين وان لم يقرب واحدة منهن حتى مضت أربعة أشهر بن جميعا لان حكم الايلاء لا يثبت في حق كل واحدة منهن على انفرادها والايلاء يوجب البينونة بمضي المدة من غير فيء هذا اذا أضاف التحريم الى نوع خاص فاما اذا أضافه الى الانواع كلها بان قال كل حلال على حرام فان لم تكن له نية فهو على الطعام والشراب خاصة استحسانا والقياس ان يحنث عقيب كلامه وهو قول زفر وجه القياس ان اللفظ خرج مخرج العموم فيتناول كل حلال وكما فرغ عن يمينه لا يخلو عن نوع حلال يوجد منه فيحنث وجه الاستحسان ان هذا عام لا يمكن العمل بعمومه لانه لا يمكن حمله على كل مباح من فتح عينه وغض بصره وتنفسه وغيرها من حركاته وسكناته المباحة لانه لا يمكنه الامتناع عنه والعاقل لا يقصد بيمينه منع نفسه عما لا يمكنه الامتناع عنه فلم يمكن العمل بعموم هذا اللفظ فيحمل على الخصوص وهو الطعام والشراب باعتبار العرف والعادة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما في العرف ونظيره

قوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة انه لما لم يمكن العمل بعمومه لثبوت المساواة بين المسلم والكافر فى أشياء كثيرة حمل على الخصوص وهو نفى المساواة بينهما فى العمل فى الدنيا أو فى الجزاء فى الآخرة كذا هذا فان نوى مع ذلك اللباس أو امرأته فالتحريم واقع على جميع ذلك وأى شئ من ذلك فعل وحده لزمته الكفارة لان اللفظ صالح لتناول كل المباحات وانما حملناه على الطعام والشراب بدليل العرف فاذا نوى شيأ زائدا على المتعارف فقد نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد على نفسه فيقبل قوله فاذا نوى شيأ بعينه دون غيره بان نوى الطعام خاصة أو الشراب خاصة أو اللباس خاصة أو امرأته خاصة فهو على ما نوى فيما بينه و بين الله تعالى وفى القضاء لما ذكرنا ان هذا اللفظ متروك العمل بظاهر عمومه ومثله يحمل على الخصوص فاذا قال أردت واحدا بعينه دون غيره فقد ترك ظاهر لفظ هو متروك الظاهر فلم يوجد منه العدول فيصدق وان قال كل حل على حرام ونوى امرأته كان عليها وعلى الطعام والشراب لان الطعام والشراب دخلا تحت ظاهر هذا اللفظ ولم ينفهما بنيته فبقيا داخلين تحت اللفظ بخلاف الفصل الاول لانه هناك نوى امرأته خاصة ونفى الطعام والشراب بنيته فلم يدخلا وههنا لم ينف الطعام والشراب بنيته وقد دخلا تحت اللفظ فبقيا كذلك ما لم ينفيا بالنية وان نوى فى امرأته الطلاق لزمه الطعام فيها فان أكل أو شرب لم تلزمه الكفارة لان اللفظ الواحد لا يجوز حمله على الطلاق واليمين لاختلاف معنييهما واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين فاذا أراد به فى الزوجة الطلاق الذى هو أشد الامرين وأغلظهما لا يبقى الآخر مرادا وكذا روى عن أبى يوسف ومحمد فى رجل قال لامرأتين له أنتما على حرام يعنى فى احداهما الطلاق و فى الاخرى الايلاء فهما طالقان جميعا لما ذكرنا ان اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين فاذا أرادهما بلفظ واحد يحمل على أغلظهما و يقع الطلاق عليهما ولو قال هذه على حرام ينوى الطلاق وهذه على حرام ينوى الايلاء كان كما نوى لانهما لفظان فيجوز ان يراد باحدهما خلاف ما يراد بالآخر وعن أبى يوسف فيمن قال لامرأتيه أنتما على حرام ينوى فى احداهما ثلاثا و فى الاخرى واحدة انهما جميعا طالقان ثلاثا لان حكم الواحدة البائنة خلاف حكم الثلاث لان الثلاث يوجب الحرمة الغليظة واللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين فى حالة واحدة فاذا نواهما يحمل على أغلظهما وأشدهما وقال ابن سماعة فى نوادره سمعت أبا يوسف يقول فى رجل قال ما أحل الله على حرام من مال وأهل ونوى الطلاق فى أهله قال ولا نية له فى الطعام فان أكل لم يحنث لما قلنا قال وكذلك لو قال هذا الطعام على حرام وهذه ينوى الطلاق لان اللفظة واحدة وقد تناولت الطلاق فلا تتناول تحريم الطعام وقالوا فيمن قال لامرأته أنت على كالدم أو الميتة أو لحم الخنزير أو كالخمر انه يسئل عن نيته فان نوى كذبا فهو كذب لان هذا اللفظ ليس صريحا فى التحريم ليجعل يمينا فيصدق انه أراد به الكذب بخلاف قوله أنت على حرام فانه صريح فى التحريم فكان يمينا وان نوى التحريم فهو ايلاء لانه شبهها بما هو محرم فكأنه قال أنت حرام وان نوى الطلاق فالقول فيه كالقول فيمن قال لامرأته أنت على حرام ينوى الطلاق و روى ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته ان فعلت كذا فانت أمى يريد التحريم قال هو باطل لانه لم يجعلها مثل أمه ليكون تحريما وانما جعلها أمه فيكون كذبا قال محمد ولو ثبت التحريم بهذا لثبت اذا قال أنت حواء وهذا لا يصح وقال ابن سماعة عن محمد فيمن قال لامرأته أنت معى حرام فهو مثل قوله أنت على حرام لان هذه الحروف يقام بعضها مقام بعض والله تعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط ركن الايلاء فنوعان نوع هو شرط صحته فى حق حكم الحنث ونوع هو شرط صحته فى حق حكم البر وهو الطلاق أما الاول فموضع بيانه كتاب الايمان لان الايلاء يساوى سائر الايمان فى حق أحد الحكمين وهو حكم الحنث وانما يخالفها فى حق الحكم الآخر وهو حكم البر لانه لا حكم لسائر الأيمان عند تحقق البر فيها وللايلاء عند تحقق البر حكم وهو وقوع الطلاق اذ هو تعليق الطلاق البائن شرعا بشرط البر كأنه قال اذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فانت طالق بائن فنذكر الشرائط المختصة به فى حق هذا الحكم وهو الطلاق فنقول لركن

الايلاء فى حق هذا الحكم شرائط بعضها يعم كل يمين بالطلاق و بعضها يخص الايلاء أما الذى يعم فما ذكرنا من
الشرائط فيما تقدم من العقل والبلوغ وقيام ملك النكاح والاضافة الى الملك حتى لا يصح ايلاء الصبى والمجنون لانهما
ليسا من أهل الطلاق وكذا لو آلى من أمته أو مدبرته أو أم ولده لم يصح ايلاؤه فى حق هذا الحكم لان الله تعالى خص
الايلاء بالزوجات بقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم والزوجة اسم للمملوكة بملك النكاح وشرع الايلاء فى
حق هذا الحكم ثبت بخلاف القياس بهذه الآية الشريفة وانها وردت فى الازواج فتختص بهم ولان اعتبار الايلاء
فى حق هذا الحكم لدفع الظلم عنها من قبل الزوج لمنعه حقها فى الجماع منعا مؤكدا باليمين ولا حق للامة قبل مولاها
فى الجماع فلم يتحقق الظلم فلا تقع الحاجة الى الدفع لوقوع الطلاق ولان الفرقة الحاصلة بمضى المدة من غير فىء فرقة
بطلاق ولا طلاق بدون النكاح ولو آلى منها وهى مطلقة فان كان الطلاق رجعيا فهو مول لقيام الملك من كل وجه ولهذا
صح طلاقه وظهاره و يتوارثان وان كان بائنا أو ثلاثا لم يكن موليا لزوال الملك والحل بالابانة والثلاث والايلاء لا
ينعقد فى غير الملك ابتداء وان كان يبقى بدون الملك على ما نذكره ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قال لاجنبية
والله لا أقربك ثم تزوجها انه لا يصير موليا فى حق حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر فصاعدا بعد التزوج ولم يفئ
اليها لا يقع عليها شئ لانعدام الملك والاضافة الى الملك ولو قربها بعد التزوج أو قبله تلزمه الكفارة لانعقاد اليمين فى
حق الحنث ولو قال لها ان تزوجتك فوالله لا أقربك فتزوجها صار موليا عندنا لوجود الملك عند التزوج واليمين
بالطلاق يصح فى الملك أو مضافا الى الملك وههنا وجدت الاضافة الى الملك فيصير موليا بخلاف الفصل الاول وكذا
جميع ما ذكرنا من شرائط صحة التطليق فهو من شرط صحة الايلاء فى حق الطلاق وأما الذى يخص الايلاء فشيآن
أحدهما المدة وهى ان يحلف على أربعة أشهر فصاعدا فى الحرة أو يحلف مطلقا أو مؤبدا حتى لو حلف على أقل من
أربعة أشهر لم يكن موليا فى حق الطلاق وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وقال بعض أهل العلم
ان مدة الايلاء غير مقدرة يستوى فيها القليل والكثير حتى لو حلف لا يقربها يوما أو ساعة كان موليا حتى لو تركها
أربعة أشهر بانت وكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه وقال ابن عباس رضى الله عنهما ان الايلاء على الابد
وقال الشافعى لا يكون موليا حتى يحلف على أكثر من أربعة أشهر وجه قول الاولين ما روى عن أنس بن مالك
رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم آلى من نسائه شهرا فلما كان تسعة وعشرين يوما ترك ايلاءهن فقيل
له انك آليت شهرا يا رسول الله فقال الشهر تسعة وعشرون يوما ولان الله تعالى لم يذكر فى كتابه الكريم للايلاء مدة
بل أطلقه اطلاقا بقوله عز وجل للذين يؤلون من نسائهم فيجرى على اطلاقه وانما ذكر المدة لثبوت البينونة حتى تبين
بمضى المدة من غير فىء لا ليصير ايلاء شرعا و به نقول ولنا قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ذكر
للايلاء فى حكم الطلاق مدة مقدرة فلا يكون الحلف على ما دونها ايلاء فى حق هذا الحكم وهذا لان الايلاء ليس
بطلاق حقيقة وانما جعل طلاقا معلقا بشرط البر شرعا بوصف كونه مانعا من الجماع أربعة أشهر فصاعدا فلا يجعل
طلاقا بدونه ولان الايلاء هو اليمين التى تمنع الجماع خوفا من لزوم الحنث و بعد مضى يوم أو شهر يمكنه ان يطأها من
غير حنث يلزمه فلا يكون هذا ايلاء وأما قولهم ان المدة ذكرت لثبوت حكم الايلاء لا للايلاء فنقول ذكر المدة فى
حكم الايلاء لا يكون ذكرا فى الايلاء لان الحكم ثبت بالايلاء اذ به يتأكد المنع المحقق للظلم وأما الحديث فالمروى
ان النبى صلى الله عليه وسلم آلى ان لا يدخل على نسائه شهرا وعندنا من حلف لا يدخل على امرأته يوما أو شهرا أو
سنة لا يكون موليا فى حق حكم الطلاق لان الايلاء يمين تمنع الجماع وهذا لا يمنع الجماع وقول عبد الله بن عباس
رضى الله عنهما الايلاء على الابد يحتمل يحتمل ان يكون معناه ان الايلاء اذا ذكر مطلقا عن الوقت يقع على الابد وان لم
يذكر الابد ونحن نقول به و يحتمل انه أراد به ان ذكر الابد شرط صحة الايلاء فى حق حكم الطلاق فيحمل على الاول
توفيقا بين الاقاويل والدليل عليه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان ايلاء أهل الجاهلية السنة

والسنتين وأكثر من ذلك فوقته الله أربعة أشهر فمن كان ايلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بايلاء ولانه ليس فى
النص شرط الابد فيلزمه اثبات حكم الايلاء فى حق الطلاق عند تربص أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة الا بدليل
وأما الكلام مع الشافعى فمبنى على حكم الايلاء فى حق الطلاق فعندنا اذا مضت أربعة أشهر تبين منه وعنده لا تبين
بل توقف بعد مضى هذه المدة ويخير بين الفىء والتطليق فلا بد وان تزيد المدة على أربعة أشهر ونذكر المسئلة فى بيان
حكم الايلاء ان شاء الله تعالى وسواء كان الايلاء فى حال الرضا أو الغضب أو أراد به اصلاح ولده فى الرضاع أو
الاضرار بالمرأة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وهو الصحيح لان نص الايلاء لا يفصل بين حال
وحال ولان الايلاء يمين فلا يختلف حكمه بالرضا والغضب وارادة الاصلاح والاضرار كسائر الايمان وأما مدة
ايلاء الامة المنكوحة فشهران فصاعدا عندنا وعند الشافعى مدة ايلاء الامة كمدة ايلاء الحرة واحتج بقوله تعالى
للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر من غير فصل بين الحرة والامة والكلام من حيث المعنى مبنى على
اختلاف أصل نذكره فى حكم الايلاء وهو ان مدة الايلاء ضربت أجلا للبينونة عندنا فاشبه مدة العدة فيتنصف
بالرق كمدة العدة وعنده ضربت لاظهار ظلم الزوج بمنع حقها عن الجماع فى المدة وهذا يوجب التسوية بين الامة
والحرة فى المدة كأجل العنين ولا حجة له فى الآية لانها تناولت الحرائر لا الاماء لانه سبحانه وتعالى ذكر عزم الطلاق
ثم عقبه بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وهى عدة الحرائر وسواء كان زوجها عبدا أو حرا
فالعبرة لرق المرأة وحريتها لا لرق الرجل وحريته لان الايلاء فى حق أحد الحكمين طلاق فيعتبر فيه جانب النساء
ولو اعترض العتق على الرق بان كانت مملوكة وقت الايلاء ثم اعتقت تحولت مدتها مدة الحرائر بخلاف العدة
فانها اذا طلقت طلاقا بائنا ثم أعتقت لا تنقلب عدتها عدة الحرائر وفى الطلاق الرجعى تنقلب والفرق بين هذه الجملة
يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا قال لامرأته الحرة والله لا أقربك أربعة أشهر الا يوما
لا يكون موليا لنقصان المدة ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لانه جمع
بين شهرين وشهرين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كانه قال والله لا أقربك أربعة
أشهر ولو قال لها والله لا أقربك شهرين فمكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد هذين الشهرين الاولين
لم يكن موليا لانه اذا سكت يوما فقد مضى يوم من غير حكم الايلاء لان الشهرين ليسا بمدة الايلاء فى حق الحرة
فاذا قال وشهرين بعد هذين الشهرين فقد جمع الشهرين الآخرين الى الاولين بعد مضى يوم من غير حكم الايلاء
فصار كانه قال والله لا أقربك أربعة أشهر الا يوما ولو قال ذلك لم يكن موليا لنقصان المدة كذا هذا ولو قال والله
لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا للحال فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يكون موليا للحال حتى لو مضت السنة ولم
يقربها فيها لا تبين ولو قربها يوما لا كفارة عليه عندنا وعنده اذا مضت أربعة أشهر منذ قال هذه المقالة ولم يقربها فيها
تبين ولو قربها تلزمه الكفارة وجه قوله ان اليوم المستثنى ينصرف الى آخر السنة كما فى الاجارة فانه لو قال أجرتك
هذه الدار سنة الا يوما انصرف اليوم الى آخر السنة حتى صحت الاجارة كذا ههنا واذا انصرف الى آخر السنة كانت
مدة الايلاء أربعة أشهر وزيادة فيصير موليا ولانه اذا انصرف الى آخر السنة فلا يمكنه قربان امرأته فى الاربعة
أشهر من غير حنث يلزمه وهذا حد المولى ولنا ان المستثنى يوم منكر فتعيين اليوم الآخر تغيير الحقيقة ولا يجوز
تغيير الحقيقة من غير ضرورة فبقى المستثنى يوما شائعا فى السنة فكان له أن يجعل ذلك اليوم أى يوم شاء فلا تكمل
المدة ولانه اذا استثنى يوما شائعا فى الجملة فلم تمنع نفسه عن قربان امرأته بما يصلح مانعا من القربان فى المدة لان له ان
يعين يوما للقربان أى يوم كان فيقربها فيه من غير حنث يلزمه فلم يكن موليا وفى باب الاجارة مست الضرورة الى
تعيين الحقيقة لتصحيح الاجارة اذ لا صحة لها بدونه لان كون المدة معلومة فى الاجارة شرط صحة الاجارة ولا تصير
معلومة الا بانصراف الاستثناء الى اليوم الاخير وههنا لا ضرورة لان جهالة المدة لا تبطل اليمين فان قال ذلك ثم قربها

يوما

يوما ينظر ان كان قد بقى من السنة أربعة أشهر فصاعدا صار موليا لوجود كمال المدة ولوجود حد المولى وان بقى أقل من ذلك لم يصر موليا لنقصان المدة ولانعدام حد الايلاء وعلى هذا الخلاف اذا قال والله لا أقربك سنة الا مرة غير ان في قوله الا يوما اذا قربها وقد بقى من السنة أربعة أشهر فصاعدا لا يصير موليا ما لم تغرب الشمس من ذلك اليوم و يعتبر ابتداء المدة من وقت غروب الشمس من ذلك اليوم لان اليوم اسم لجميع هذا الوقت من أوله الى آخره فلا ينتهى الا بغروب الشمس وفى قوله الا مرة يصير موليا عقيب القربان بلا فصل و يعتبر ابتداء المدة من وقت فراغه من القربان مرة لان المستثنى ههنا هو القربان مرة لا اليوم والمستثنى هناك هو اليوم لا المرة لذلك افترقا ثم مدة أشهر الايلاء تعتبر بالاهلة أم بالايام فنقول لا خلاف ان الايلاء اذا وقع فى غرة الشهر تعتبر المدة بالاهلة واذا وقع فى بعض الشهر لم يذكر عن أبى حنيفة نص رواية وقال أبو يوسف تعتبر بالايام وذلك مائة وعشرون يوما وروى عن زفر انه يعتبر بقية الشهر بالايام والشهر الثانى والثالث بالاهلة وتكمل أيام الشهر الاول بالايام من أول الشهر الرابع و يحتمل ان يكون هذا على اختلافهم فى عدة الطلاق والوفاة على ما نذكره هناك ان شاء الله تعالى والثانى ترك الفىء فى المدة لان الله تعالى جعل عزم الطلاق شرط وقوعه بقوله فان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم وكلمة ان للشرط وعزم الطلاق ترك الفىء فى المدة والكلام فى الفىء يقع فى مواضع فى تفسير الفىء المذكور فى الآية الكريمة انه ما هو وفى بيان شرط صحة الفىء وفى بيان وقت الفىء انه فى المدة أو بعد انقضائها أما الاول فالفىء عندنا على ضربين أحدهما بالفعل وهو الجماع فى الفرج حتى لو جامعها فيما دون الفرج أو قبلها بشهوة أو لمسها لشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة لا يكون ذلك فيأ لان حقها فى الجماع فى الفرج فصار ظالما بمنعه فلا يندفع الظلم الا به فلا يحصل الفىء وهو الرجوع عما عزم عليه عند القدرة الا به بخلاف الرجعة انها تثبت بالجماع فيما دون الفرج و باللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة لان البينونة هناك بعد انقضاء العدة تثبت من وقت وجود الطلاق من وجه فلو لم تثبت الرجعة به لصار مرتكبا للحرام فجعل الاقدام عليه دلالة الرجعة تحرزا عن الحرام وهذا المعنى لم يوجد ههنا لان البينونة بعد انقضاء المدة تثبت مقصورة على الحال فلو لم يجعل منه فيأ لم يصر مرتكبا للحرام لذلك افترقا والثانى بالقول والكلام فيه يقع فى موضعين أحدهما فى صورة الفىء بالقول والثانى فى بيان شرط صحته أما صورته فهى ان يقول لها فئت اليك أو راجعتك وما أشبه ذلك وذكر الحسن عن أبى حنيفة فى صفة الفىء ان يقول الزوج اشهدوا انى قد فئت الى امرأتى وأبطلت الايلاء وليس هذا من أبى حنيفة شرط الشهادة على الفىء فانه يصح بدون الشهادة وانما ذكر الشهادة احتياطا لباب الفروج لاحتمال ان يدعى الزوج الفىء اليها بعد مضى المدة فتكذبه المرأة فيحتاج الى اقامة البينة عليه الا ان تكون الشهادة شرطا لصحة الفىء وقد قال أصحابنا انه اذا اختلف الزوج والمرأة فى الفىء مع بقاء المدة والزوج ادعى الفىء وأنكرت المرأة فالقول قول الزوج لان المدة اذا كانت باقية فالزوج يملك الفىء فيها وقد ادعى الفىء فى وقت يملك انشاءه فيه فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان اختلفا بعد مضى المدة فالقول قول المرأة لان الزوج يدعى الفىء فى وقت لا يملك انشاء الفىء فيه فكان الظاهر شاهدا عليه للمرأة فكان القول قولها وأما شرط صحته فلصحة الفىء بالقول شرائط ثلاثة أحدها العجز عن الجماع فلا يصح مع القدرة على الجماع لان الاصل هو الفىء بالجماع لان الظلم به يندفع حقيقة وانما الفىء بالقول خلف عنه ولا عبرة بالخلف مع القدرة على الاصل كالتيمم مع الوضوء ونحو ذلك ثم الشرط هو العجز عن الجماع حقيقة أو مطلق العجز اما حقيقة واما حكما فجملة الكلام فيه ان العجز نوعان حقيقى وحكمى أما الحقيقى فنحو أن يكون أحد الزوجين مريضا مرضا يتعذر معه الجماع أو كانت المرأة صغيرة لا يجامع مثلها أو رتقاء أو يكون الزوج مجبوبا أو يكون بينهما مسافة لا يقدر على قطعها فى مدة الايلاء أو تكون ناشزة محتجبة فى مكان لا يعرفه أو يكون محبوسا لا يقدر أن يدخلها وفيؤه فى هذا كله بالقول كذا ذكره القدورى فى شرحه مختصر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه لو آلى من امرأته وهى محبوسة أو هو محبوس أو كان بينه و بين امرأته مسافة أقل من

أربعة أشهر الا أن العدو أو السلطان منعه عن ذلك فان فيأه لا يكون الا بالفعل ويمكن أن يوفق بين القولين فى الحبس
بان يحمل ماذكره القاضى على أن يقدر أحدهما على أن يصل الى صاحبه فى السجن والوجه فى المنع من العدو أو
السلطان ان ذلك نادر وعلى شرف الزوال فكان ملحقا بالعدم وأما الحكمى فمثل أن يكون محرما وقت الايلاء وبينه
وبين الحج أربعة أشهر واذا عرف هذا فنقول لا خلاف فى أنه اذا كان عاجزا عن الجماع حقيقة أنه ينتقل الفئ بالجماع
الى الفئ بالقول واختلف أصحابنا فيما اذا كان قادرا على الجماع حقيقة وعاجزا عنه حكما أنه هل يصح الفئ بالقول قال
أصحابنا الثلاثة لا يصح ولا يكون فيؤه الا بالجماع وقال زفر يصح وجه قوله ان العجز حكما كالعجز حقيقة فى أصول
الشريعة كما فى الخلوة فانه يستوى المانع الحقيقى والشرعى فى المنع من صحة الخلوة كذا هذا ولنا أنه قادر على الجماع
حقيقة فيصير ظالما بالمنع فلا يندفع الظلم عنها الا بايفائها حقها بالجماع وحق العبد لا يسقط لاجل حق الله تعالى فى الجملة
لغنا الله عز وجل وحاجة العبد والثانى دوام العجز عن الجماع الى أن تمضى المدة حتى لو قدر على الجماع فى المدة بطل الفئ
بالقول وانتقل الى الفئ بالجماع حتى لو تركها ولم يقربها فى المدة حتى مضت تبين لما ذكرنا أن الفئ باللسان بدل عن الفئ
بالجماع ومن قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل حكم البدل كالمتيمم اذا قدر على الماء فى الصلاة وكذا اذا
آلى وهو صحيح ثم مرض فان كان قدر مدة صحته ما يمكن فيه الجماع ففيؤه بالجماع لانه كان قادرا على الجماع فى مدة الصحة
فاذا لم يجامعها مع القدرة عليه فقد فرط فى ايفاء حقها فلا يعذر بالمرض الحادث وان كان لا يمكنه فيؤه بالجماع لقصره ففيؤه
بالقول لانه اذا لم يقدر على الجماع فيه لم يكن مفرطا فى ترك الجماع فكان معذورا ولو آلى وهو مريض فلم يفئ باللسان اليها
حتى مضت المدة فبانت ثم صح ثم مرض فتزوجها وهو مريض ففاء اليها باللسان صح فيؤه فى قول أبى يوسف حتى لو
تمت أربعة أشهر من وقت التزوج لا تبين وقال محمد لا يصح (وجه) قوله أنه اذا صح فى المدة الثانية فقد قدر على الجماع
حقيقة فسقط اعتبار الفئ باللسان فى تلك المدة وان كان لا يقدر على جماعها الا بمعصية كما اذا كان محرما ففاء بلسانه
أنه لم يصح فيؤه باللسان لكونه قادرا على الجماع حقيقة وان كان لا يقدر عليه الا بمعصية كذا هذا ولأبى يوسف أن
الصحة انما تمنع الفئ باللسان للقدرة على ايفائها حقها فى الجماع ولا حق لها فى حالة البينونة فلا تعتبر الصحة مانعة منه
والثالث قيام ملك النكاح وقت الفئ بالقول وهو أن تكون المرأة فى حال ما يفئ اليها زوجته غير بائنة منه فان كانت
بائنة منه ففاء بلسانه لم يكن ذلك فيأ ويبقى الايلاء لان الفئ بالقول حال قيام النكاح انما رفع الايلاء فى حق حكم
الطلاق لحصول ايفاء حقها به ولا حق لها حالة البينونة على ما ذكره ولا يعتبر الفئ وصار وجودها والعدم بمنزلة فيبقى
الايلاء فاذا تزوجها ومضت المدة تبين منه بخلاف الفئ بالفعل وهو الجماع انه يصح بعد زوال الملك وثبوت البينونة
حتى لا يبقى الايلاء بل يبطل لانه حنث بالوطء فانحلت اليمين وبطلت ولم يوجد الحنث ههنا فلا تنحل اليمين فلا يرتفع
الايلاء ثم الفئ بالقول عندنا انما يصح فى حق حكم الطلاق حتى لا يقع الطلاق بمضى المدة الا فى حق الحنث لان اليمين
فى حق حكم الحنث باقية لانها لا تنحل الا بالحنث والحنث انما يحصل بفعل المحلوف عليه والقول ليس محلوفا عليه فلا
تنحل به اليمين هذا الذى ذكرنا مذهب أصحابنا وقال الشافعى لا فئ الا بالجماع واليه مال الطحاوى ووجهه ان الفئ
بالحنث ولا حنث باللسان فلا يحصل الفئ به وهذا لان الحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو القربان فلا
يحصل الفئ الا به ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن على رضى الله عنه وابن مسعود وابن عباس رضى
الله عنهم أنهم قالوا الفئ عند العجز بالقول وكذا روى عن جماعة من التابعين مثل مسروق والشعبى وابراهيم النخعى
وسعيد بن جبير ولان الفئ فى اللغة هو الرجوع يقال فاء الظل أى رجع ومعنى الرجوع فى الايلاء هو أنه بالايلاء
عزم على منع حقها فى الجماع وأكد العزم باليمين فبالفئ رجع عما عزم والرجوع كما يكون بالفعل يكون بالقول وهذا
لان وقوع الطلاق لصيرورته ظالما بمنع حقها والظلم عند القدرة على الجماع بمنع حقها فى الجماع فيكون ازالة الظلم بايفاء
حقها فى الجماع فيكون ازالة هذا الظلم بذكر ايفاء حقها فى الجماع أيضا وعند العجز عن الجماع يكون بايذائه اياها منع حقها

فى الجماع ليكون ازالة هذا الظلم بقدر الظلم فيثبت الحكم على وفق العلة وأما وقت الفىء فالفىء عندنا فى المدة وعند الشافعى بعد مضى المدة ونذكر المسئلة فى بيان حكم الايلاء ان شاء الله تعالى وأما حرية المولى فليس بشرط لصحة ايلائه بالله تعالى ومما لا يتعلق بالمال حتى لو قال العبد لامرأته والله لا أقربك أو قال ان قربتك فعلى صوم أو حج أو عمرة أو امرأتى طالق يصح ايلاؤه حتى لو لم يقربها تبين منه فى المدة ولو قربها ففى اليمين بالله تعالى تلزمه الكفارة بالصوم وفى غيرها يلزمه الجزاء المذكور ولان العبد أهل لذلك وان كان يحلف بما يتعلق بالمال بأن قال ان قربتك فعلى عتق رقبة أو على أن أتصدق بكذا لا يصح لانه ليس من أهل ملك المال وأما اسلام المولى فهل هو شرط لصحة الايلاء فنقول لا خلاف فى أن الذمى اذا آلى من امرأته بالطلاق أو العتاق انه يصح ايلاؤه لان الكافر من أهل الطلاق والعتاق ولا خلاف أيضا فى أنه اذا آلى بشئ من القرب كالصوم والصدقة والحج والعمرة بأن قال لامرأته ان قربتك فعلى صوم أو صدقة أو حجة أو عمرة أو غير ذلك من القرب لا يكون موليا لانه ليس من أهل القربة فيمكنه قربان امرأته من غير شئ يلزمه فلم يكن موليا وكذا اذا قال لامرأته ان قربتك فأنت على كظهر أمى أو فلانة على كظهر أمى لم يكن موليا لان الكفر يمنع صحة الظهار عندنا واذا لم يصح يمكنه قربانها من غير شئ يلزمه فلا يكون موليا واختلف فيما اذا آلى بالله تعالى فقال والله لا أقربك تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث عند أبى حنيفة يكون موليا وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون موليا وجه قولهما ان اليمين بالله تعالى لا تنعقد من الذمى كما فى غير الايلاء والجامع بينهما ان اليمين بالله تعالى تنعقد موجبة للكفارة على تقدير الحنث والكافر ليس من أهل الكفارة ولابى حنيفة عموم قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم من غير تخصيص المسلم ولان الايلاء بالله يمين يمنع القربان خوفا من هتك حرمة اسم الله عز وجل والذمى يعتقد حرمة اسم الله تعالى ولهذا يستحلف على الدعاوى كالمسلم و يتعلق حل الذبيحة بتسميته كما يتعلق بتسمية المسلم فانه اذا ذكر اسم الله عليها أكلت وان ترك التسمية لم تؤكل فيصح ايلاؤه كما يصح ايلاء المسلم واذا صح ايلاؤه بالله تعالى تثبت أحكام الايلاء فى حقه كما تثبت فى حق المسلم الا أنه لا يظهر فى حق حكم الحنث وهو الكفارة لان الكفارة عبادة وهو ليس من أهل العبادة فيظهر فى حق حكم البر وهو الطلاق لانه من أهله ولو آلى مسلم أو ظاهر من امرأته ثم ارتد عن الاسلام ولحق بدار الحرب ثم رجع مسلما وتزوجها فهو مول ومظاهر فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف يسقط عنه الايلاء والظهار (وجه) قوله ان الكفر يمنع صحة الايلاء والظهار ابتداء فيمنع بقاءهما على الصحة لان حكم الايلاء وجوب الكفارة على تقدير الحنث وحكم الظهار حرمة مؤقتة الى غاية التكفير والكافر ليس من أهل وجوب الكفارة ولابى حنيفة ان الكفر لما لم يمنع انعقاد الايلاء لما بينا فلان لا يمنع بقاءه أولى لان البقاء أسهل ولان الايلاء قد انعقد لوجوده من المسلم والعارض هو الردة وأثرها فى زوال ملك النكاح وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين فتبقى اليمين فاذا عاد يعود حكم الايلاء ولان كل عارض على أصل يلتحق بالعدم من الاصل اذا ارتفع و يجعل كأن لم يكن ولان الايلاء انعقد بيقين والعارض وهو الردة يحتمل الزوال والتصرف الشرعى اذا انعقد بيقين لا يحتمال الفائدة فى البقاء واحتمال الفائدة ههنا ثابت لان رجاء الاسلام قائم والظهار قد انعقد موجبا حكمه وهو الحرمة المؤقتة لصدوره من المسلم و بالردة زالت صفة الحكم و بقى الاصل وهو الحرمة اذ الكافر من أهل ثبوت الحرمة و بقائها فى حقه لان حكم الحرمة وجوب الامتناع وهو قادر على الامتناع بخلاف القربة ولهذا خوطب بالحرمات دون القربات والطاعات على ما عرف فى أصول الفقه والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما حكم الايلاء فنقول و بالله التوفيق انه يتعلق بالايلاء حكمان حكم الحنث وحكم البر أما حكم الحنث فيختلف باختلاف المحلوف به فان كان الحلف بالله تعالى فهو وجوب كفارة اليمين كسائر الايمان بالله وان كان الحلف بالشرط والجزاء فلزوم المحلوف به كسائر الايمان بالشروط والاجزية أو لزوم حكمه على تقدير وجوده على ما بينا وأما حكم البر فالكلام فيه فى مواضع فى بيان أصل الحكم وفى بيان وصفه وفى بيان وقته وفى بيان قدره أما أصل الحكم فهو

وقوع الطلاق بعد مضى المدة من غير فئ لانه بالايلاء عزم على منع نفسه من ايفاء حقها فى الجماع فى المدة وأكد العزم باليمين فاذا مضت المدة ولم يفئ اليها مع القدرة على الفئ فقد حقق العزم المؤكد باليمين بالفعل فتأكد الظلم فى حقها فتبين منه عقوبة عليه جزاء على ظلمه ومرحمة عليها ونظرا لها بتخليصها عن حباله لتتوصل الى ايفاء حقها من زوج آخر وهذا عندنا وقال الشافعى حكم الايلاء فى حق البر هو الوقف وهو أن يوقف الزوج بعد مضى المدة فيخير بين الفئ اليها بالجماع و بين تطليقها فان أبى أجبره الحاكم على أحدهما فان لم يفعل طلق عليه القاضى فاشتملت معرفة هذا الحكم على معرفة مسئلتين مختلفتين احداهما انه لا يوقف المولى بعد انقضاء المدة عندنا بل يقع الطلاق عقب انقضائها بلا فصل وعنده يوقف و يخير بين الفئ والتطليق على ما بينا والثانية ان الفئ يجب أن يكون فى المدة عندنا وعنده بعد مضى المدة والمسئلتان مختلفتان بين الصحابة رضى الله عنهم احتج الشافعى بقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فان فاؤا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق خير سبحانه وتعالى المولى بين الفئ و بين العزم على الطلاق بعد أربعة أشهر فدل ان حكم الايلاء فى حق البر هو تخيير الزوج بين الفئ والطلاق بعد المدة لا وقوع الطلاق عند مضى المدة وان وقت الفئ بعد المدة لا فى المدة ولانه قال عز وجل وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم أى سميع للطلاق فلا بد وأن يكون الطلاق مسموعا وذلك بوجود صوت الطلاق اذ غير الصوت لا يحتمل السماع ولو وقع الطلاق بنفس مضى المدة من غير قول وجد من الزوج أو من القاضى لم يتحقق صوت الطلاق فلا يتعقد سماعه ولان الايلاء يمين يمنع من الجماع أربعة أشهر لان اللفظ يدل عليه فقط لا على الطلاق فالقول بوقوع الطلاق بمضى المدة قول بالوقوع من غير ايقاع وهذا لا يجوز (ولنا) ان الله تعالى جعل مدة التربص أربعة أشهر والوقف يوجب الزيادة على المدة المنصوص عليها وهى مدة اختيار الفئ أو الطلاق من يوم أو ساعة فلا تجوز الزيادة الا بدليل ولهذا لما جعل الشرع لسائر المدة التى بين الزوجين مقدارا معلوما من المدة ومدة العنين لم تحتمل الزيادة على ذلك القدر فكذا مدة الطلاق ولان الفئ نقض اليمين ونقضها حرام فى الاصل قال الله تعالى ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا الا انه ثبت الاطلاق فى المدة بقراءة عبد الله بن مسعود وأبى بن كعب رضى الله عنهما فان فاؤا فيهن فبقى النقض حراما فيما وراءها فلا يحل الفئ فيما وراءها فلزم القول بالفئ فى المدة و بوقوع الطلاق بعد مضيها ولان الايلاء كان طلاقا معجلا فى الجاهلية فجعله الشرع طلاقا مؤجلا والطلاق المؤجل يقع بنفس انقضاء الاجل من غير ايقاع أحد بعده كما اذا قال لها أنت طالق رأس الشهر واما قوله ان الله تعالى ذكر الفئ بعد الاربعة أشهر فنعم لكن هذا لا يوجب أن يكون الفئ بعد مضيها ألا ترى الى قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف ذكر تعالى الامساك بمعروف بعد بلوغ الاجل وانه لا يوجب الامساك بعد مضى الاجل وهو العدة بل يوجب الامساك وهو الرجعة فى العدة والبينونة بعد انقضائها كذا ههنا وأما قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم فقد قال قوم من أهل التأويل ان المراد من قوله سميع فى هذا الموضع أى سميع بايلائه والايلاء مما ينطق به و يقال فيكون مسموعا وقوله تعالى عليم ينصرف الى العزم أى عليم بعزمه الطلاق وهو ترك الفئ ودليل صحة هذا التأويل انه تعالى ذكر قوله سميع عليم عقيب أمرين أحدهما يحتمل السماع وهو الايلاء والآخر لا يحتمل وهو عزم الطلاق فينصرف كل لفظ الى ما يليق به ليفيد فائدته وهى كقوله تعالى لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله عقيب ذكر الليل والنهار بقوله ومن رحمته جعل لكم الليل لتسكنوا فيه والنهار مبصرا انه صرف الى كل ما يليق به ليفيد فائدته وهو السكون الى الليل وابتغاء الفضل الى النهار كذا ههنا ولانه تعالى ذكر انه سميع عليم وكل مسموع معلوم وليس كل معلوم مسموعا لان السماع لا يكون الا للصوت فلو كان الطلاق فى الايلاء بالقول لكان مسموعا والايلاء مسموع أيضا فوقعت الكفاية بذكر السميع فلا يتعلق بذكر العليم فائدة مبتدأة ولو كان الامر على ما قلنا ان الطلاق يقع عند مضى المدة من غير قول يسمع لانصرف ذكر العليم اليه لان ذلك ليس بمسموع

حتى يغنى ذكر السميع عن ذكر العليم فيتعلق بذكر العليم فائدة جديدة فكان ما قلناه أولى مع ما أنا لا نسلم أن سماع الطلاق يقف على ذكر الطلاق بحروفه ألا ترى ان كنايات الطلاق طلاق وهى مسموعة وان لم يكن الطلاق مسموعا مذكورا بحروفه وكذا طلاق الاخرس فلم يكن من ضرورة كون الايلاء طلاقا التلفظ بلفظ الطلاق فلا يقف سماع صوت الطلاق عليه وقوله لفظ الايلاء لا يدل على الطلاق ممنوع بل يدل عليه شرعا فان الشرع جعل الايلاء طلاقا معلقا بشرط البر فيصير الزوج بالاصرار على موجب هذه اليمين معلقا طلاقا بائنا بترك القربان أربعة أشهر كانه قال اذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فانت طالق بائن عرفنا ذلك باشارة النص وهو قوله تعالى وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم سمى ترك الفىء فى المدة عزم الطلاق وأخبر سبحانه وتعالى انه سميع للايلاء فدل ان الايلاء السابق يصير طلاقا عند مضى المدة من غير فىء وبما ذكرنا من المعنى المعقول وأما صفته فقد قال أصحابنا ان الواقع بعد مضى المدة من غير فىء طلاق بائن وقال الشافعى اذا خير بعد انقضاء العدة فاختار الطلاق فهى واحدة رجعية بناء على أصله ان الطلاق بعد مضى المدة يقع بايقاع مبتدإ وهو صريح الطلاق فيكون رجعيا (ولنا) اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن عثمان وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم انهم قالوا اذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة بائنة ولان الطلاق انما يقع عند مضى المدة دفعا للظلم فلا يندفع الظلم عنها الا بالبائن لتتخلص عنه فتتمكن من استيفاء حقها من زوج آخر ولا يتخلص الا بالبائن ولان القول بوقوع الطلاق الرجعى يؤدى الى العبث لان الزوج اذا أبى الفىء والتطليق يقدم الى الحاكم ليطلق عليه الحاكم عنده ثم اذا طلق عليه الحاكم يراجعها الزوج فيخرج فعل الحاكم مخرج العبث وهذا لا يجوز وأما قدره وهو قدر الواقع من الطلاق فى الايلاء فالاصل ان الطلاق فى الايلاء يتبع المدة لا اليمين فيتحد باتحاد المدة ويتعدد بتعددها فى قول أصحابنا الثلاثة وعند زفر يتبع اليمين فيتعدد بتعدد اليمين ويتحد باتحادها ولا خلاف فى ان المعتبر فى حق حكم الحنث هو اليمين فينظر الى اليمين فى الاتحاد والتعدد لا الى المدة وجه قول زفر ان وقوع الطلاق ولزوم الكفارة حكم الايلاء والايلاء يمين فيدور الحكم مع اليمين فيتحد باتحادها ويتعدد بتعددها لان الحكم يتكرر بتكرر السبب ويتحد باتحاده (ولنا) ان الايلاء انما اعتبر طلاقا من الزوج لمنعه حقها فى الجماع فى المدة منعا مؤكدا باليمين اذ به يصير ظالما والمنع يتحد باتحاد المدة فيتحد الظلم فيتحد الطلاق ويتعدد بتعددها فيتعدد الظلم فيتعدد الطلاق فاما الكفارة فانها تجب لهتك حرمة اسم الله عز وجل والهتك يتعدد بتعدد الاسم ويتحد باتحاده وعلى هذا الاصل مسائل اذا قال لامرأته مرة واحدة والله لا أقربك فلم يقربها حتى مضت المدة بانت بتطليقة واحدة وان قربها لزمه كفارة واحدة لاتحاد المدة واليمين جميعا ولو قال لها فى مجلس واحد والله لا أقربك والله لا أقربك والله لا أقربك فان عنى به التكرار فهو ايلاء واحد فى حق حكم الحنث والبر جميعا حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت بتطليقة واحدة ولو قربها فى المدة لا يلزمه الا كفارة واحدة لان مثل هذا يذكر للتكرار فى العرف والعادة فاذا نوى به تكرار الاول فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق فيه وان لم تكن له نية فهو ايلاء واحد فى حق حكم البر فى قول أصحابنا الثلاثة وثلاث فى حق حكم الحنث بالاجماع حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقربها بانت بتطليقة واحدة فى قول أصحابنا الثلاثة ولو قربها فى المدة فعليه ثلاث كفارات بالاجماع وعند زفر هو ثلاث ايلاآت فى حق حكم الحنث والبر جميعا وينعقد كل ايلاء من حين وجوده فاذا مضت أربعة أشهر ولم يفىء اليها بانت بتطليقة ثم اذا مضت ساعة بانت بتطليقة أخرى ثم اذا مضت ساعة أخرى بانت بتطليقة واحدة أخرى وان قربها فى المدة فعليه ثلاث كفارات وأصل هذه المسئلة ان من قال لامرأته اذا جاء غد فوالله لا أقربك قاله ثلاثا فجاء غد يصير موليا فى حق حكم البر ايلاء واحدا عندنا وعنده يصير موليا ثلاث ايلاآت فى حق حكم الحنث وان أراد به التغليظ والتشديد فكذلك فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف انه ايلاء واحد فى حق حكم البر استحسانا وعند محمد وزفر هو ثلاث فى حق البر والحنث جميعا وهو القياس

اما زفر فقد مر على أصله ان الحكم لليمين لا للمدة لان اليمين هى السبب الموجب للحكم وقد تعددت فيتعدد السبب بتعدد الحكم وأما وجه القياس لمحمد ان المدة قد اختلفت لان كل واحدة من هذه الايمان وجدت فى زمان فكانت مدة كل واحدة منهما غير مدة الاخرى فصار كما لو آلى منها ثلاث مرات فى ثلاث مجالس وجه الاستحسان ان المدد وان تعددت حقيقة فهى متعددة حكما لتعذر ضبط الوقت الذى بين اليمينين عند مضى أربعة أشهر فصارت مدة الايمان كلها مدة واحدة حكما والثابت حكما ملحق بالثابت حقيقة ولو قال اذا جاء غد فوالله لا أقربك واذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك يصير موليا ايلاءين فى حق الحنث والبر جميعا اذا جاء غد يصير موليا واذا جاء بعد غد يصير موليا ايلاء آخر وكذلك اذا آلى منها فى مجلس ثم آلى منها فى مجلس آخر بان قال والله لا أقربك فمكث يوما ثم قال والله لا أقربك يصير موليا ايلاءين أحدهما فى الحال والآخر فى الغد فى حق الحنث والبر جميعاً لان المدد قد تعددت حقيقة وحكما لاختلاف ابتداء كل مدة وانتهائها وامكان ضبط الوقت الذى بين اليمينين ولو قال كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك أو قال والله ان دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك أو قال والله لا أقربك كلما دخلت هذه الدار يصير موليا ايلاءين فى حق البر وايلاء واحداً فى حق الحنث فاذا دخل الدار دخلتين ينعقد الايلاء الاول عند الدخلة الاولى والثانى عند الدخلة الثانية حتى لو مضت أربعة أشهر من وقت الدخلة الاولى بانت بتطليقة واذا تمت أربعة أشهر من وقت الدخلة الثانية بانت بتطليقة أخرى ولو قربها بعد الدخلتين لا يلزمه الا كفارة واحدة لتعدد المدة واتحاد اليمين فى حكم الحنث والاصل فيه ان اليمين بالله تعالى متى علقت بشرط متكرر لا يتكرر انعقادها بتكرر الشرط واليمين بما هو شرط وجزاء اذا علقت بشرط متكرر تتكرر بتكرار الشرط وقوله والله لا أقربك يمين بالله تعالى فى حق الحنث ويمين بالطلاق فى حق البر ودليل هذا الاصل وبيان فروعه يعرف فى الجامع الكبير وكذلك اذا قال كلما دخلت واحدة من هاتين الدارين فوالله لا أقربك أو قال كلما كلمت واحدا من هذين الرجلين فوالله لا أقربك فدخل احداهما أو كلم أحدهما صار موليا واذا دخل مرة أخرى أو كلمه أخرى صار موليا ايلاء آخر فى حق حكم البر وهو ايلاء واحد فى حق حكم الحنث والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به الايلاء فما يبطل به الايلاء نوعان نوع يبطل به أصلا فى حق الحكمين جميعا وهو البر والحنث ونوع يبطل به فى حق أحد الحكمين وهو حكم البر ويبقى فى حق الحكم الآخر وهو حكم الحنث أما الذى يبطل به الايلاء فى حق الحكمين جميعا فشىء واحد وهو الفىء بالجماع فى الفرج فى المدة لانه يحنث به واليمين لا يبقى بعد الحنث لان حنث اليمين نقضها والشىء لا يبقى مع وجود ما ينقضه وأما ما يبطل به فى حق حكم البر دون الحنث فشيئان أحدهما الفىء بالقول عند استجماع شرائطه التى وصفناها فيبطل به الايلاء فى حق حكم البر حتى لا تبين بمضى المدة لما ذكرنا ان ترك الفىء فى المدة شرط وقوع الطلاق بعد مضيها اذ هو عزيمة الطلاق وانها شرط بالنص لكنه يبقى فى حق حكم الحنث حتى لو فاء اليها بالقول فى المدة ثم قدر على الجماع بعد المدة فجامعها تلزمه الكفارة لان وجوب الكفارة معلق بالحنث والحنث هو فعل المحلوف عليه والمحلوف عليه هو الجماع فى الفرج فلا يحصل الحنث بدونه والثانى الطلقات الثلاث حتى لو وقع عليها ثلاث تطليقات بالايلاء أو طلقها ثلاثا عقيب الايلاء فتزوجت ثم عادت اليه فمضت أربعة أشهر لم يطأها فيها لا يقع عليها شىء عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يبطل بها الايلاء ويقع عليها الطلاق بالايلاء أبدا بناء على ان استيفاء طلاق الملك القائم للحال يبطل اليمين وعندنا وعنده لا يبطلها وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو آلى منها ولم يفىء اليها حتى مضت أربعة أشهر فبانت منه بتطليقة وانقضت عدتها فتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول عاد حكم الايلاء بالاجماع لكن عند أبى حنيفة وأبى يوسف بثلاث تطليقات وعند محمد بما بقى بناء على ان الزوج الثانى يهدم الطلقة والطلقتين عندهما وعنده لا يهدم والمسئلة قدمرت ولا يبطل بالابانة حتى لو آلى منها ثم أبانها قبل مضى المدة ثم تزوجها فمضت المدة من غير فىء تبين بتطليقة

أخرى بالايلاء السابق ولو أبانها ولم يتزوجها حتى مضت المدة وهى فى العدة يقع عليها تطليقة أخرى عندنا وعند زفر لا يقع وقد مرت المسئلة وهل يبطل بمضى المدة من غير فىء فان كان الايلاء مطلقا أو مؤبدا بان قال والله لا أقربك أبداً أو قال والله لا أقربك ولم يذكر الوقت فمضت أربعة أشهر من غير فىء حتى بانت بتطليقة لا يبطل الايلاء حتى لو تزوجها فمضت أربعة أشهر أخرى منذ تزوج يقع عليها تطليقة أخرى لان اليمين عقدت مطلقة أو مؤبدة والعارض ليس الا البينونة وأثرها فى زوال الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين بالطلاق لما عرف ان اليمين اذا انعقدت تبقى لاحتمال الفائدة واحتمال الفائدة ثابت لاحتمال التزوج فيبقى اليمين الا انه لا بد من الملك لانعقاد المدة الثانية فاذا تزوجها عاد الملك فعاد حقها فى الجماع فاذا مضت المدة الثانية من غير فىء اليها فقد منعها حقها فقد ظلمها فيقع تطليقة أخرى جزاء على ظلمه وكذا اذا تزوجها بعدما بانت بتطليقة ثانية ومضت أربعة أشهر أخرى منذ تزوجها تبين بثالثة لما قلنا فان تزوجت بزوج آخر ثم تزوجها الاول فمضت أربعة أشهر لم يقربها فيها لا يقع عليها شىء عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر ولو آلى منها مطلقا أو أبدا فمضت أربعة أشهر ولم يفئ اليها حتى بانت ثم لم يتزوجها حتى مضت أربعة أشهر أخرى وهى فى العدة لا يقع عليها تطليقة أخرى لان اليمين قد بطلت بل هى باقية لما بينا الا انها مبانة لا تستحق الوطء على الزوج فلا يصير الزوج بالامتناع عن قربانها فى المدة ظالما ووقوع الطلاق كان لهذا المعنى ولم يوجد فلا يقع لكن تبقى اليمين حتى لو تزوجها ومضت المدة من غير فىء يقع والاصل ان المدة المنعقدة لا تبطل بالبينونة وان كانت لا تنعقد على المبانة على طريق الاستئناف ولو قربها قبل ان يتزوجها فعليه الكفارة لان اليمين باقية وقد وجد شرط الحنث فيحنث ولو كان الايلاء مؤقتا الى وقت معلوم أربعة أشهر أو أكثر فمضت المدة من غير فىء حتى وقع الطلاق لا يبقى الايلاء وينتهى حتى لو قربها لا كفارة عليه ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر لا يقع عليها شىء لان المؤقت الى وقت ينتهى عند وجود الوقت ولو حلف على قربان امرأته بعتق عبد له ثم باعه سقط الايلاء لانه صار بحال لا يلزمه شىء بقربانها ثم اذا دخل فى ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد حكم الايلاء حتى لو تركها أربعة أشهر لم يقربها فيها تبين لان الجزاء لا تتقيد بالملك القائم للحال كمن قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل الدار انه يعتق ولو دخل فى ملكه بعد القربان لا يعود الايلاء لبطلانه بالقربان وكذا اذا مات العبد بطل الايلاء لان الجزاء صار بحال لا يتصور وجوده فبطلت اليمين ولو قال ان قربتك فعبدى هذان حران فمات أحدهما أو باع أحدهما لا يبطل الايلاء لانه يلزمه بالقربان عتق ولو ماتا جميعا بطل الايلاء وكذا لو باعهما جميعا معا أو على التعاقب ولو باعهما ثم دخل أحدهما فى ملكه بوجه من الوجوه قبل القربان عاد الايلاء فيه ثم اذا دخل الآخر فى ملكه عاد الايلاء فيه من وقت دخول الاول لان العائد عين الاول ولو قال لامرأته انت طالق قبل ان أقربك بشهر فقربها قبل تمام الشهر من وقت اليمين بطلت اليمين ولو لم يقربها حتى مضى شهر يصير موليا لان معنى هذا الكلام اذا مضى شهر لم أقربك فيه فانت طالق ان قربتك ولو قال ذلك ومضى شهر لم يقربها فيه لصار موليا لما ذكرنا ان قوله انت طالق ان قربتك ايلاء ألا ترى انه لا يمكنه قربانها من غير شىء يلزمه وهو الطلاق وهذا حد المولى فاذا صار موليا فان قربها بعد ذلك وقع الطلاق لانه علق الطلاق بالقربان وان لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطليقة لان هذا حكم الايلاء فى حق البر ولو قال انت طالق ثلاثا قبل ان أقربك ولم يقل بشهر لا يصير موليا ويقع الطلاق من ساعته لانه أوقع الطلاق فى وقت هو قبل القربان وكما فرغ من كلامه فقد وجد هذا الوقت فيقع ولو قال قبل ان أقربك يصير موليا لان قبل الشىء اسم لزمان متقدم عليه مطلقا وكما فرغ من هذه المقالة فقد وجد زمان متقدم عليه متصل به فما لم يوجد القربان لا يعرف هذا الزمن فكان هذا تعليق الطلاق بالقربان كانه قال ان قربتك فانت طالق فان قربها وقع الطلاق بعد القربان بلا فصل فان تركها حتى مضت أربعة أشهر بانت بالايلاء كما لو نص على التعليق بالقربان والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الطلاق فحكم الطلاق يختلف باختلاف الطلاق من الرجعي والبائن ويتعلق بكل واحد منهما أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الطلاق الرجعي فالحكم الاصلي له هو نقصان العدد فأما زوال الملك وحل الوطء فليس بحكم أصلي له لازم حتى لا يثبت للحال وانما يثبت في الثاني بعد انقضاء العدة فان طلقها ولم يراجعها بل تركها حتى انقضت عدتها بانت وهذا عندنا وعند الشافعي زوال حل الوطء من أحكامه الاصلية حتى لا يحل له وطؤها قبل الرجعة واليه مال أبو عبد الله البصري وأما زوال الملك فقد اختلف فيه أصحابنا قال بعضهم الملك يزول في حق حل الوطء لا غير وقال بعضهم لا يزول أصلا وانما يحرم وطؤها مع قيام الملك من كل وجه كالوطء في حالة الحيض والنفاس وجه قوله ان الطلاق واقع للحال فلابد وأن يكون له أثر ناجز وهو زوال حل الوطء وزوال الملك في حق الحل وقد ظهر أثر الزوال في الاحكام حتى لا يحل له المسافرة بها والخلوة ويزول قسمها والاقراء قبل الرجعة محسوبة من العدة ولهذا سمى الله تعالى الرجعة ردا في كتابه الكريم بقوله عز وجل وبعولتهن أي ازواجهن أحق بردهن في ذلك والرد في اللغة عبارة عن اعادة الغائب فيدل على زوال الملك من وجه (ولنا) قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن في ذلك وقوله تعالى وبعولتهن أي أزواجهن وقوله تعالى هن كناية عن المطلقات سماه الله تعالى زوجها بعد الطلاق ولا يكون زوجا الا بعد قيام الزوجية فدل ان الزوجية قائمة بعد الطلاق والله سبحانه وتعالى أحل للرجل وطء زوجته بقوله عز وجل والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم انى شئتم وقوله عز وجل هو الذي خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها ونحو ذلك من النصوص والدليل على قيام الملك من كل وجه انه يصح طلاقه وظهاره وايلاؤه ويجري اللعان بينهما ويتوارثان وهذه أحكام الملك المطلق وكذا يملك مراجعتها بغير رضاها ولو كان ملك النكاح زائلا من وجه لكانت الرجعة انشاء النكاح على الحرة من غير رضاها من وجه وهذا لا يجوز وأما قوله الطلاق واقع في الحال فمسلم لكن التصرف الشرعي قد يظهر أثره للحال وقد يتراخى عنه كالبيع بشرط الخيار وكالتصرف الحسي وهو الرمي وغير ذلك فجاز أن يظهر أثر هذا الطلاق بعد انقضاء العدة وهو زوال الملك وحرمة الوطء على أن له أثرا ناجزا وهو نقصان عدد الطلاق ونقصان حل المحلية وغير ذلك على ما عرف في الخلافيات وأما المسافرة بها فقد قال زفر من أصحابنا انه يحل له المسافرة بها قبل الرجعة وأما على قول أصحابنا الثلاثة فانما لا تحل لا لزوال الملك بل لكونها معتدة وقد قال الله تعالى في المعتدات ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة نهى الرجال عن الاخراج والنساء عن الخروج فيسقط الزوج العدة بالرجعة لتزول الحرمة ثم يسافر وأما الخلوة فان كان من قصده الرجعة لا يكره وان لم يكن من قصده المراجعة يكره لكن لا لزوال النكاح وارتفاع الحل بل للاضرار بها لانه اذا لم يكن من قصده استيفاء النكاح بالرجعة فربما يقع بينهما المساس عن شهوة فيصير مراجعا لها ثم يطلقها ثانيا فيؤدي الى تطويل العدة عليها فتتضرر بذلك وهو معنى قوله تعالى ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وكذلك القسم لانه لو ثبت القسم لخلا بها فيؤدي الى ما ذكرنا اذا لم يكن من قصده أن يراجعها حتى لو كان من قصده أن يراجعها لكان لها القسم وله الخلوة بها وانما احتسبنا الاقراء من العدة لانعقاد الطلاق سببا لزوال الملك والحل للحال على وجه يتم عليه عند انقضاء العدة وهو الجواب عن قوله ان الله تعالى سمى الرجعة ردا لانه يجوز اطلاق اسم الرد عند انعقاد سبب زوال الملك بدون الزوال كما في البيع بشرط خيار المتعاقدين انه يطلق اسم الرد عند اختيار الفسخ وان لم يزل الملك عن البائع ولم يثبت للمشتري لانعقاد سبب الزوال بدون الزوال ويكون الرد فسخا للسبب ومنعا له عن العمل في اثبات الزوال كذا ههنا ويستحب لها أن تتشوف وتتزين لان الزوجية قائمة من كل وجه ويستحب لها ذلك لعل زوجها يراجعها وعلى هذا ينبني حق الرجعة انه ثابت للزوج بالاجماع سواء كان الطلاق واحدا أو اثنين اما عندنا فلقيام الملك من كل وجه وأما عنده فلقيامه فيما وراء حل الوطء ثم الكلام في الرجعة في

مواضع فى بيان شرعية الرجعة وفى بيان ماهيتها وفى بيان ركنها وفى بيان شرائط جواز الركن أما الاول فالرجعة مشروعة عرفت شرعيتها بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن أى رجعتهن وقوله تعالى اذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أوفارقوهن بمعروف وقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أوتسريح باحسان والامساك بالمعروف هوالرجعة وأما السنة فما روينا عن عبدالله بن عمر رضى الله عنهما لما طلق امرأته فى حالة الحيض قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر رضى الله عنه مر ابنك يراجعها الحديث وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما طلق حفصة رضى الله عنها جاءه جبريل صلى الله عليه وسلم فقال له راجع حفصة فانها صوامة قوامة فراجعها وكذا روى انه صلى الله عليه وسلم طلق سودة بنت زمعة رضى الله عنها ثم راجعها وعليه الاجماع وأما المعقول فلان الحاجة تمس الى الرجعة لان الانسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك على ما أشار الرب سبحانه وتعالى جل جلاله بقوله لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فيحتاج الى التدارك فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك لما عسى لا توافقه المرأة فى تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع فى الزنا وأما بيان ماهية الرجعة فالرجعة عندنا استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك وعند الشافعى هى استدامة من وجه وانشاء من وجه بناء على ان الملك عنده قائم من وجه زائل من وجه وهو عندنا قائم من كل وجه وعلى هذا ينبنى ان الشهادة ليست بشرط لجواز الرجعة عندنا وعنده شرط وجه البناء ان الشهادة شرط ابتداء العقد وانشائه لا شرط البقاء والرجعة استيفاء العقد عندنا فلا يشترط له الشهادة وعنده هى استيفاء من وجه وانشاء من وجه فيشترط لها الشهادة من حيث هى انشاء لا من حيث هى استيفاء فصح البناء ثم الكلام فيه على وجه الابتداء احتج الشافعى بقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم فظاهر الامر وجوب العمل فيقتضى وجوب الشهادة ولنا نصوص الرجعة من الكتاب والسنة مطلقة عن شرط الاشهاد الا أنه يستحب الاشهاد عليها اذ لو لم يشهد لا يأمن من أن تنقضى العدة فلا تصدقه المرأة فى الرجعة ويكون القول قولها بعد انقضاء العدة فندب الى الاشهاد لهذا وعلى هذا تحمل الآية الكريمة وفى الآية ما يدل عليه لانه سبحانه وتعالى قال فاذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أوفارقوهن بمعروف جمع بين الفرقة والرجعة أمر سبحانه بالاشهاد بقوله وأشهدوا ذوى عدل منكم ومعلوم ان الاشهاد على الفرقة ليس بواجب بل هو مستحب كذا على الرجعة أو تحمل على هذا توفيقا بين النصوص بقدر الامكان وكذا لا مهر فى الرجعة ولا يشترط فيها رضا المرأة لانهما من شرائط ابتداء العقد لا من شرط البقاء وكذا اعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت لان الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرفا فى ملكه بالاستيفاء والاستدامة فلا يشترط فيه اعلام الغير كالاجازة فى الخيار لكنه مندوب اليه ومستحب لانه اذا راجعها ولم يعلمها بالرجعة فمن الجائز انها تتزوج عند مضى ثلاث حيض ظنا منها ان عدتها قد انقضت فكان ترك الاعلام فيه تسببا الى عقد حرام عسى فاستحب له أن يعلمها ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها وتزوجت بزوج آخر ثم جاء زوجها الاول فهى امرأته سواء كان دخل بها الثانى أو لم يدخل ويفرق بينها وبين الثانى لان الرجعة قد صحت بدون علمها فتزوجها الثانى وهى امرأة الاول فلم يصح وعلى هذا تبنى الرجعة بالفعل بان جامعها انها جائزة عندنا وعند الشافعى لا يجوز الرجعة الا بالقول وجه البناء على هذا الاصل ان الرجعة عنده انشاء النكاح من وجه وانشاء النكاح من كل وجه لا يجوز الا بالقول فكذا انشاؤه من وجه وعندنا هى استدامة النكاح من كل وجه فلا تختص بالقول ويبنى أيضا على حل الوطء وحرمته وجه البناء ان الوطء لما كان حلالا عندنا فاذا وطئها فلو لم يجعل الوطء دلالة الرجعة وربما لا يراجعها بالقول بل يتركها حتى تنقضى عدتها فيزول الملك عند انقضاء العدة بالطلاق السابق لانه لا فعل منه الا ذلك فيزول الملك مستندا الى وقت وجود الطلاق فتبين ان الملك كان زائلا من وقت الطلاق من وجه فيظهر ان الوطء كان حراما فجعل الاقدام على الوطء دلالة الرجعة صيانة له عن الحرام

وعنده لما كان الوطء حراما لا يقدم عليه فلا ضرورة الى جعله دلالة الرجعة ثم ابتداء الدليل فى المسئلة قوله تعالى
وبعولتهن أحق بردهن سمى الرجعة ردا والرد لا يختص بالقول كرد المغصوب ورد الوديعة قال النبى صلى الله عليه وسلم
على اليد ما أخذت حتى ترده وقوله تعالى فأمسكوهن بمعروف وقوله عز وجل فامساك بمعروف سمى الرجعة امساكا
والامساك حقيقة يكون بالفعل وكذا ان جامعته وهو نائم أو مجنون لان ذلك حلال لها عندنا فلو لم يجعل رجعة لصارت
مرتكبة للحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج فجعل ذلك منها رجعة شرعا ضرورة التحرز عن الحرام
ولان جماعها كجماعه لها فى باب التحريم فكذا فى باب الرجعة وكذلك اذا لمسها لشهوة أو نظر الى فرجها عن
شهوة فهو مراجع لما قلنا وان لمس أو نظر لغير شهوة لم يكن رجعة لان ذلك حلال فى الجملة ألا ترى أن القابلة والطبيب
ينظران الى الفرج ويمس الطبيب عند الحاجة اليه بغير شهوة فلا ضرورة الى جعله رجعة وكذلك اذا نظر الى غير
الفرج لشهوة لان ذلك أيضا مباح فى الجملة ويكره التقبيل واللمس لغير شهوة اذا لم يرد به المراجعة وكذا يكره أن يراها
متجردة لغير شهوة كذا قال أبو يوسف لانه لا يأمن من أن يشتهى فيصير مراجعا من غير اشهاد وذلك مكروه وكذا
لا يأمن من الاضرار بها لجواز أن يشتهى فيصير به مراجعا وهو لا يريد امساكها فيطلقها فتطول العدة عليها فتتضرر به
والله تعالى نهى عن ذلك بقوله ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا وكذا قال أبو يوسف ان الاحسن اذا دخل عليها أن
يتنحنح ويسمعها خفق نعليه ليس من أجل انها حرام ولكن لا يأمن من أن يرى الفرج بشهوة فيكون رجعة بغير
اشهاد وهذه عبارة أبى يوسف ولو نظر الى دبرها موضع خروج الغائط بشهوة لم يكن ذلك رجعة كذا ذكر فى
الزيادات وهو قول محمد الاخير وكان يقول أولا انه يكون رجعة ثم رجع حكى ابراهيم بن رستم رجوعه وهو قياس
قول أبى حنيفة لان ذلك السبيل لا يجرى مجرى الفرج ألا ترى أن الوطء فيه لا يوجب الحد عنده فكان النظر اليه
كالنظر الى سائر البدن ولان النظر الى الفرج بشهوة انما كان رجعة لكون الوطء حلالا تقريرا للحل صيانة عن الحرام
والنظر الى هذا المحل عن شهوة مما لا يحتمل الحل بحال كما أن الفعل فيه لا يحتمل الحل بحال فلا يصلح دليلا على
الرجعة ولو نظرت الى فرجه بشهوة قال أبو يوسف قياس قول أبى حنيفة أن يكون رجعة وهذا قبيح ولا يكون
رجعة وكذا قال أبو يوسف والصحيح قياس قول أبى حنيفة لما ذكرنا فى اذا جامعته وهو نائم أو مجنون ولان النظر
حلال لها كالوطء فيجعل رجعة تقريرا للحل وصيانة عن الحرمة ولان النظرين يستويان فى التحريم ألا ترى أن
نظرها الى فرجه كنظره الى فرجها فى التحريم فكذا فى الرجعة ولو لمسته لشهوة مختلسة أو كان نائما أو اعترف الزوج
أنه كان بشهوة فهو رجعة فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ليس برجعة فأبو حنيفة سوى بينها وبين الجارية
المشتراة بشرط الخيار للمشترى اذا لمست المشترى أنه يبطل خياره ومحمد فرق بينهما فقال ههنا يكون رجعة
وهناك لا يكون اجازة للبيع وعن أبى يوسف فى الجارية روايتان فى رواية فرق فقال ثمة يكون اجازة للبيع وههنا
لا يكون رجعة وفى رواية سوى بينهما فقال فعلها لا يكون رجعة ههنا ولا فعل الامة يكون اجازة ثمة فعلى هذه الرواية
لا يحتاج الى الفرق بين المسئلتين ووجه الفرق له على الرواية الاخرى ان بطلان الخيار لا يقف على فعل المشترى بل
قد يبطل بغير فعله كما اذا تعيبت فى يده بآفة سماوية فأما الرجعة فلا يجوز أن تثبت الا باختيار الزوج حتى قال أبو يوسف
انها اذا لمسته فتركها وهو يقدر على منعها كان ذلك رجعة لانه لما مكنها من اللمس فقد حصل ذلك باختياره فصار كانه
لمسها وكذلك قال أبو يوسف اذا ابتدأت اللمس وهو مطاوع لها انه يكون رجعة لما قلنا ووجه الفرق لمحمد ان
اسقاط الخيار ادخال الشئ فى ملك المشترى والامة لا تملك ذلك وليست الرجعة ادخال المرأة على ملك الزوج لانها
على ملكه فلو جعلناه مراجعا بفعلها لم تملكه ما لم يكن ملكا له فصحت الرجعة ولابى حنيفة على نحو ما ذكرنا وهو ان
اللمس حلال من الجانبين عندنا فلزم تعذر الحل فيه وصيانته عن الحرمة وذلك بجعله رجعة على ما سبق بيانه كما قال
فى الجارية ان اللمس منها لو لم يجعل اجازة للبيع وربما يفسخ البيع فيتبين ان اللمس حصل فى ملك الغير من وجه وما

ذكره

ذكره أبو يوسف ان الرجعة لا تعتبر بغير اختيار الزوج يشكل بما اذا جامعته وهو نائم انه تثبت الرجعة من غير اختيار الزوج وما ذكره محمد ان اسقاط الخيار ادخال المبيع فى ملك المشترى وليس بممنوع بل المبيع يدخل فى ملكه بالسبب السابق عند سقوط الخيار على أن هذا فرقا بين المسئلتين فيما وراء المعنى المؤثر والفرق بين المسئلتين فيما وراء المعنى المؤثر لا يقدح فى الجمع بينهما فى المعنى المؤثر قال محمد ولو صدقها الورثة بعد موته أنها لمسته بشهوة لكان ذلك رجعة لان الورثة قاموا مقامه فكأنه صدقها قبل موته قال ولو شهد الشهود أنها قبلته لشهوة لم تقبل شهادتهم لان الشهوة معنى فى القلب لا يقف عليه الشهود فلا تقبل شهادتهم فيه وان شهدوا على الجماع قبلت لان الجماع معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج الى شرط الشهوة فتقبل فيه الشهادة وأما ركن الرجعة فهو قول أو فعل يدل على الرجعة أما القول فنحو أن يقول لها راجعتك أو رددتك أو رجعتك أو أعدتك أو راجعت امرأتى أو راجعتها أو رددتها أو أعدتها ونحو ذلك لان الرجعة رد واعادة الى الحالة الاولى ولو قال لها نكحتك أو تزوجتك كان رجعة فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة أنه لا يكون رجعة وجه هذه الرواية ان النكاح بعد الطلاق الرجعى قائم من كل وجه فكان قوله نكحتك اثبات الثابت وأنه محال فلم يكن مشروعا فكان ملحقا بالعدم شرعا فلم يكن رجعة بخلاف قوله راجعتك لان ذلك ليس باثبات النكاح بل هو استيفاء النكاح الثابت وأنه محل للاستيفاء لانه انعقد سبب زواله والرجعة فسخ السبب ومنع له عن العمل فيصح وجه ظاهر الرواية ان النكاح وان كان ثابتا حقيقة لكن المحل لا يحتمل الاثبات فيجعل مجازا عن استيفاء الثابت لما بينهما من المشابهة تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان وقد قيل فى أحد تأويلى قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك أى أزواجهن أحق بنكاحهن فى العدة من غيرهم من الرجال والنكاح المضاف الى المطلقة طلاقا رجعيا فدل على ثبوت الرجعة بالنكاح وأما الفعل الدال على الرجعة فهو أن يجامعها أو يمس شيأ من أعضائها لشهوة أو ينظر الى فرجها عن شهوة أو يوجد شئ من ذلك ههنا على ما بينا ووجه دلالة هذه الافعال على الرجعة ما ذكرنا فيما تقدم وهذا عندنا فأما عند الشافعى فلا تثبت الرجعة الا بالقول بناء على أصل ما ذكرناه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط جواز الرجعة فمنها قيام العدة فلا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة لان الرجعة استدامة الملك والملك يزول بعد انقضاء العدة فلا تتصور الاستدامة اذ الاستدامة للقائم لصيانته عن الزوال لا للمزيل كما فى البيع بشرط الخيار للبائع اذا مضت مدة الخيار انه لا يملك استيفاء الملك فى المبيع بزوال ملكه بمضى المدة كذا هذا ولو طهرت عن الحيضة الثالثة ثم راجعها فهذا على وجهين ان كانت أيامها فى الحيض عشرا لا تصح الرجعة وتحل للازواج بمجرد انقطاع العدة لان انقضاءها بانقضاء الحيضة الثالثة وقد انقضت بيقين لانقطاع دم الحيض بيقين اذ لا مزيد للحيض على عشرة ألا ترى أنها اذا رأت أكثر من عشرة لم يكن الزائد على العشرة حيضا فتيقنا بانقضاء العدة ولا رجعة بعد انقضاء العدة وان كانت أيامها دون العشرة فان كانت تجد ماء فلم تغتسل ولا تيممت وصلت به ولا مضى عليها وقت كامل من أوقات أدنى الصلوات اليها لا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج وهذا عندنا وقال الشافعى لا أعرف بعد الاقراء معنى معتبرا فى انقضاء العدة وهذا خلاف الكتاب العزيز والسنة واجماع الصحابة رضى الله عنهم أما الكتاب فقوله عز وجل ولا تقربوهن حتى يطهرن أى يغتسلن وأما السنة فما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال الزوج أحق برجعتها ما دامت فى مغتسلها وروى ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة وأما اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى علقمة عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال كنت عند عمر رضى الله عنه فجاء رجل وامرأة فقال الرجل زوجتى طلقتها وراجعتها فقالت ما يمنعنى ما صنع أن أقول ما كان انه طلقنى وتركنى حتى حضت الحيضة الثالثة وانقطع الدم وغلقت بابى ووضعت غسلى وخلعت ثيابى فطرق الباب فقال قد راجعتك فقال عمر رضى الله عنه قل فيها يا ابن أم عبد فقلت أرى ان الرجعة قد صحت ما لم تحل لها الصلاة فقال عمر لو قلت غير هذا لم أره صوابا

وروى عن مكحول أن أبا بكر وعمر وعليا وابن مسعود وأبا الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس الاشعرى رضى الله عنهم كانوا يقولون فى الرجل يطلق امرأته تطليقة أو تطليقتين انه أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ترثه ويرثها ما دامت فى العدة فاتفقت الصحابة رضى الله عنهم على اعتبار الغسل فكان قوله مخالفاً للحديث واجماع الصحابة فلا يعتد به ولان أيامها اذا كانت أقل من عشرة لم تستيقن بانقطاع دم الحيض لاحتمال المعاودة فى أيام الحيض اذ الدم لا يدر درا واحدا ولكنه يدر مرة وينقطع أخرى فكان احتمال العود قائما والعائد يكون دم حيض الى العشرة فلم يوجد انقطاع دم الحيض بيقين فلا يثبت الطهر بيقين فتبقى العدة لانها كانت ثابتة بيقين والثابت بيقين لا يزول بالشك كمن استيقن بالحدث وشك فى الطهارة بخلاف ما اذا كانت أيامها عشرا لانه هناك لا يحتمل عود دم الحيض بعد العشرة اذ العشرة أكثر الحيض فتيقنا بانقطاع دم الحيض فيزول الحيض ضرورة ويثبت الطهر وههنا بخلافه على ما بينا والشافعى بنى قوله فى هذا على أصله ان العدة تنقضى بالاطهار لا بالحيض فاذا طعنت فى أول الحيضة الثالثة فقد انقضت العدة من غير حاجة الى شئ آخر ويستدل على بطلان هذا الاصل فى موضعه ان شاء الله تعالى فيبطل الفرع ضرورة واذا اغتسلت انقطعت الرجعة لانه ثبت لها حكم من أحكام الطاهرات وهو اباحة أداء الصلاة اذ لا يباح أداؤها للحائض فتقرر الانقطاع بقرينة الاغتسال فتنقطع الرجعة وكذا اذا لم تغتسل لكن مضى عليها وقت الصلاة تنقطع الرجعة لانه لما مضى عليها وقت الصلاة صارت الصلاة دينا فى ذمتها وهذا من أحكام الطاهرات اذ لا تجب الصلاة على الحائض فلا تصير دينا عليها فاستحكم الانقطاع بهذه القرينة فانقطعت الرجعة وكذلك اذا لم تجد الماء بان كانت مسافرة فتيممت وصلت لان صحة الصلاة حكم من أحكام الطاهرات اذ لا صحة لها مع قيام الحيض فقد يضاف الى الانقطاع حكم من أحكام الطاهرات فاستحكم الانقطاع فتنقطع الرجعة فأما اذا تيممت ولم تصل فهل تنقطع الرجعة اختلف فيه أصحابنا قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا تنقطع وقال محمد تنقطع (وجه) قوله أنها لما تيممت فقد ثبت لها حكم من أحكام الطاهرات وهو اباحة الصلاة فلا يبقى الحيض ضرورة كما لو اغتسلت أو تيممت وصلت به (وجه) قولهما على نحو ما ذكرنا أن أيامها اذا كانت دون العشرة لم تستيقن بانقضاء عدتها بنفس انقطاع الدم من غير قرينة تنضم اليه لاحتمال ان يعاودها الدم فى العشرة فتبين أنها حائض والحيض كان ثابتا بيقين فلا يحكم بزواله الا عند وجود الطهر بيقين ولم يوجد وبقرينة التيمم لا تصير فى حكم الطاهرات بيقين لانه ليس بطهور حقيقة وانما جعل طهورا شرعا عند عدم الماء لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والدليل عليه أنها لو رأت الماء قبل الشروع فى الصلاة أو بعد ما شرعت فيها قبل الفراغ منها بطل تيممها فكان التيمم طهارة مطلقة شرعا لكن حال عدم الماء واحتمال وجود الماء فى كل ساعة قائم فكان احتمال عدم الطهورية ثابتا فلم توجد الطهارة الحاصلة بيقين فتبقى نجاسة الحيض الا أنه أبيح لها أداء الصلاة به لعدم الماء فى الحالين من حيث الظاهر مع احتمال الوجود فاذا لم تجد الماء وصلت به وفرغت من الصلاة فقد استحكم العدم فاستحكمت الطهارة الحاصلة بالتيمم فلا يبقى الحيض فأما قبل ذلك فاحتمال عدم الطهارة ثابت لاحتمال وجود الماء فلا يكون طهارة شرعا بيقين بل مع الاحتمال فيبقى حكم الحيض الثابت بيقين بخلاف الاغتسال لانه طهارة بيقين لكون الماء طهورا مطلقا فاذا ثبتت الطهارة بيقين انتفى الحيض ضرورة لانه ضدها بخلاف التيمم على ما بيناه وبخلاف ما اذا مضى عليها وقت كامل من أوقات الصلاة لان الصلاة صارت دينا فى ذمتها بيقين فقد ثبت فى حقها حكم من أحكام الطاهرات بيقين فلا يبقى الحيض بيقين فتنقضى العدة بيقين ولو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت الرجعة بنفس الاغتسال بالاجماع ولكنها لا تحل للازواج لان سؤر الحمار مشكوك فيه اما فى طهوريته أو فى طهارته على اختلافهم فى ذلك فان كان ذلك طاهرا أو طهورا انقطعت الرجعة وتحل للازواج لانقضاء العدة بتقرر الانقطاع بالاغتسال وان لم يكن أو كان طاهرا غير طهور لا تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج فاذا وقع الشك لزم الاحتياط فى ذلك كله وذلك فيما قلنا وهو أن تنقطع الرجعة ولا تحل للازواج أخذا بالثقة فى الحكمين احترازا عن الحرمة فى البابين ولا

تصلى بذلك الغسل مالم تتيمم ولو اغتسلت المعتدة وبقى من بدنها شئ لم يصبه الماء فالباقى لا يخلو اما ان كان عضوا كاملا واما ان كان أقل من عضو فان كان عضوا كاملا فله الرجعة وان كان أقل من عضو فلا رجعة له ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف قوله لا رجعة له فى الاقل هذا استحسان والقياس أن يكون له فيه الرجعة فمحمد قاس المتروك اذا كان عضوا على ترك المضمضة والاستنشاق وقال رحمه الله هناك تنقطع الرجعة والقياس عليه أن تنقطع هنا أيضاً الا أنهم استحسنوا وقالوا لا تنقطع الرجعة لان العضو الكامل مجمع على وجوب غسله وهو مما لا يتغافل عنه عادة فتنقطع الرجعة كما لو كان المتروك زائدا على عضو بخلاف المضمضة والاستنشاق لان ذلك غير مجمع على وجوبه مجتهد فيه وأبو يوسف يقول المتروك وان قل فحكم الحدث باق ألا ترى أنه لا تباح معه وان قل ومع بقاء الحدث لا تثبت الطهارة وهذا يوجب التسوية بين القليل والكثير الا أنهم استحسنوا فى القليل وهو مادون العضو فقالوا انه تنقطع الرجعة فيه لان هذا القدر مما يتغافل عنه عادة ويحتمل أيضاً أنه أصابه الماء ثم جف فيحكم بانقطاع الرجعة فيه ويبقى الامر فى العضو التام على أصل القياس واختلفت الرواية عن أبى يوسف فى المضمضة والاستنشاق روى عنه أنه تنقطع الرجعة وروى عنه أيضاً أنه لا تنقطع الرجعة وقال محمد تبين من زوجها ولكنها لا تحل للازواج وجه قوله وهو احدى الروايتين عن أبى يوسف فى انقطاع الرجعة أن وجوب المضمضة والاستنشاق مختلف فيه وموضع الاجتهاد موضع تعارض الادلة فلا يخلو عن الشك والشبهة والرجعة يسلك بها مسالك الاحتياط فلا يجوز بقاؤها بالشك فينقطع ولا يجوز اثبات حال التزوج بالشك أيضاً لذلك لم يجزه محمد وجه الرواية الاخرى لابى يوسف أن الحديث قد بقى فى عضو كامل فتبقى الرجعة هذا اذا كانت المطلقة مسلمة فاما اذا كانت كتابية فقد قالوا ان الرجعة تنقطع عنها بنفس انقطاع الدم لانها غير مخاطبة بالغسل ولا يلزمها فرض الغسل كالمسلمة اذا اغتسلت (ومنها) عدم التعليق بشرط والاضافة الى وقت فى المستقبل حتى لو قال الزوج بعد الطلاق ان دخلت الدار فقد راجعتك أو راجعتك ان دخلت الدار أو ان كلمت زيدا أو اذا جاء غد فقد راجعتك غدا أو رأس شهر كذا لم تصح الرجعة فى قولهم جميعا لان الرجعة استيفاء ملك النكاح فلا يحتمل التعليق بشرط والاضافة الى وقت فى المستقبل كما لا يحتملها انشاء الملك ولان الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق فى انعقاده سببا لزوال الملك ومنعه عن عمله فى ذلك فاذا علقها بشرط أو أضافها الى وقت فى المستقبل فقد استبقى الطلاق الى غاية واستبقاء الطلاق الى غاية يكون تأبيدا له اذ هو لا يحتمل التوقيت كما اذا قال لامرأته أنت طالق يوما أو شهرا أو سنة أنه لا يصح التوقيت ويتأبد الطلاق فلا تصح الرجعة هذا اذا أنشأ الرجعة فاما اذا أخبر عن الرجعة فى الزمن الماضى بان قال كنت راجعتك أمس فان صدقته المرأة فقد ثبتت الرجعة سواء قال ذلك فى العدة أو بعد انقضاء العدة بعد ان كانت المرأة فى العدة أمس وان كذبته فان قال ذلك فى العدة فالقول قوله لانه أخبر عما يملك انشاءه فى الحال لان الزوج يملك الرجعة فى الحال ومن أخبر عن أمر يملك انشاءه فى الحال يصدق فيه اذ لو لم يصدق ينشئه للحال فلا يفيد التكذيب فصار كالوكيل قبل العزل اذا قال بعته أمس وان قال بعد انقضاء العدة فالقول قولها لانه أخبر عما لا يملك انشاءه فى الحال لانه لا يملك الرجعة بعد انقضاء العدة فصار كالوكيل بعد العزل اذا قال قد بعت وكذبه الموكل ولا يمين عليها فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد تستحلف وهذه من المسائل المعدودة التى لا يجرى فيها الاستحلاف عند أبى حنيفة نذكرها فى كتاب الدعوى فان أقام الزوج بينة قبلت بينته وثبتت الرجعة لان الشهادة قامت على الرجعة فى العدة فتسمع ولو كانت المطلقة أمة الغير فقال زوجها بعد انقضاء العدة كنت راجعتك وكذبته الامة وصدقه المولى فالقول قولها عند أبى حنيفة ولا تثبت الرجعة وعندهما القول قول الزوج والمولى وتثبت الرجعة لانها ملك المولى ولابى حنيفة أن انقضاء عدتها اخبار منها عن حيضها وذلك اليها لا الى المولى كالحرة فان قال الزوج لها قد راجعتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى فالقول قولها عند أبى حنيفة مع يمينها وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الزوج واجمعوا على أنها لو سكتت

ساعة ثم قالت انقضت عدتى يكون القول قول الزوج ولا خلاف أيضاً فى أنها اذا بدأت فقالت انقضت عدتى فقال الزوج مجيبا لها موصولا بكلامها راجعتك يكون القول قولها وجه قولهما أن قول الزوج راجعتك وقع رجعة صحيحة لقيام العدة من حيث الظاهر فكان القول قول المرأة انقضت عدتى اخبارا عن انقضاء العدة ولا عدة لبطلانها بالرجعة فلا يسمع كما لو سكتت ساعة ثم قالت انقضت عدتى ولان قولها انقضت عدتى ان كان اخبارا عن انقضاء العدة فى زمان متقدم على قول الزوج لا يقبل منها بالاجماع كما لو أسندت الخبر عن الانقضاء اليه نصا بان قالت كانت عدتى قد انقضت قبل رجعتك لانها متهمة فى التأخير فى الاخبار وان كان ذلك اخبارا عن انقضاء العدة فى زمان مقارن لقول الزوج فهذا نادر فلا يقبل قولها ولابى حنيفة أن المرأة أمينة فى اخبارها عن انقضاء العدة فان الشرع ائتمنها فى هذا الباب قال الله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن إن كن يؤمن بالله واليوم الآخر قيل فى التفسير انه الحيض والحبل نهاهن سبحانه وتعالى عن الكتمان والنهى عن الكتمان أمر بالاظهار اذ النهى عن الشىء أمر بضده والامر بالاظهار أمر بالقبول لتظهر فائدة الاظهار فلزم قبول قولها وخبرها بانقضاء العدة ومن ضرورة قبول الاخبار بانقضاء العدة حلها للازواج ثم ان كانت عدتها انقضت قبل قول الزوج راجعتك فقوله راجعتك يقع بعد انقضاء عدتها فلا يصح وان كانت انقضت حال قوله راجعتك فيقع حال قوله راجعتك حال انقضاء العدة وكما لا تصح الرجعة بعد انقضاء العدة لا تصح حال انقضائها لان العدة حال انقضائها منقضية فكان ذلك رجعة لمنقضية العدة فلا تصح فان قيل يحتمل أنها انقضت حال اخبارها عن الانقضاء واخبارها متأخر عن قوله راجعتك فكان انقضاء العدة متأخرا عنه ضرورة فتصح الرجعة فالجواب اذا احتمل ما قلنا واحتمل ما قلتم وقع الشك فى صحة الرجعة والاصل ان ما لم يكن ثابتا اذا وقع الشك فى ثبوته لا يثبت مع الشك والاحتمال خصوصا فيما يحتاط فيه ولا سيما اذا كان جهة الفساد آكد وههنا جهة الفساد آكد لانها تصح من وجه وتفسد من وجهين فالاولى أن لا يصح والله عز وجل الموفق ثم عند أبى حنيفة تستحلف واذا نكلت يقضى بالرجعة وهذا يشكل على أصله لان الاستحلاف للنكول والنكول بدل عنده والرجعة لا تحتمل البدل لكن الاستحلاف قد يكون للنكول ليقضى به وقد يكون لا للنكول بل لنفى التهمة بالحلف ألا ترى أنه يستحلف عنده فيما لا يقضى بالنكول أصلا كما فى دعوى القصاص فى النفس نفيا للتهمة والمرأة وان كانت أمينة لكن الامين قد يستحلف لنفى التهمة بالحلف فاذا نكلت فقد تحققت التهمة فلم يبق قولها حجة فبقيت الرجعة على حالها حكما لاستصحاب الحال لعدم دليل الزوال لانه جعل نكولها بدلا مع ما أنه يمكن تحقيق معنى البدل ههنا لما ذكرنا أنها بالنكول صارت متهمة فخرج قولها من أن يكون حجة للتهمة فتبقى العدة وأثرها فى المنع من الازواج والسكون فى منزل الزوج فقط ثم يقضى بالرجعة حكما لاستصحاب الحال لانها باخبارها بانقضاء عدتها حلت للازواج واذا نكلت فقد بذلت الامتناع من الازواج والسكون فى منزل الزوج وهذا معنى يحتمل البدل ومنها عدم شرط الخيار حتى لو شرط الخيار فى الرجعة لم يصح لانها استبقاء النكاح فلا تحتمل شرط الخيار كما لا يحتمل الانشاء ( ومنها ) أن يكون أحد نوعى ركن الرجعة وهو القول منه لا منها حتى لو قالت للزوج راجعتك لم يصح لقوله سبحانه وتعالى وبعولتهن أحق بردهن أى أحق برجعتهن منهن ولو كانت لها ولاية الرجعة لم يكن الزوج أحق بالرجعة منها فظاهر النص يقتضى أن لا يكون لها ولاية الرجعة أصلا الا أن جواز الرجعة بالفعل منها عرفناه بدليل آخر وهو ما بينا وأما رضا المرأة فليس بشرط لجواز الرجعة وكذا المهر لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن مطلقا عن شرط الرضا والمهر ولانه لو شرط الرضا والمهر لم يكن الزوج أحق برجعتها منها لانه لا يملك بدون رضاها والمهر فيؤدى الى الخلف فى خبر الله عز وجل وهذا لا يجوز ولان الرجعة شرعت لامكان التدارك عند الندم فلو شرط رضاها لا يمكنه التدارك لانها عسى لا ترضى وعسى لا يجد الزوج المهر وكذا كون الزوج طائعا وجادا وعامدا ليس بشرط لجواز الرجعة فتصح الرجعة مع الاكراه والهزل واللعب والخطأ لان الرجعة استبقاء النكاح وأنه دون الانشاء ولم تشترط هذه

الاشياء للانشاء فلان لا تشترط للاستبقاء أولى وقد روى فى بعض الروايات ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والرجعة والطلاق

(فصل) وأما حكم الطلاق البائن فالطلاق البائن نوعان أحدهما الطلقات والثانى الطلقة الواحدة البائنة والثنتان البائنتان ويختلف حكم كل واحد من النوعين وجملة الكلام فيه ان الزوجين اما ان كانا حرين وإما ان كانا مملوكين وإما ان كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فان كانا حرين فالحكم الاصلى لما دون الثلاث من الواحدة البائنة والثنتين البائنتين هو نقصان عدد الطلاق وزوال الملك أيضا حتى لا يحل له وطؤها الا بنكاح جديد ولا يصح ظهاره وايلاؤه ولا يجرى اللعان بينهما ولا يجرى التوارث ولا يحرم حرمة غليظة حتى يجوز له نكاحها من غير أن تتزوج بزوج آخر لان ما دون الثلاثة وان كان بائنا فانه يوجب زوال الملك لا زوال حل المحلية وأما الطلقات الثلاث فحكمها الاصلى هو زوال الملك وزوال حل المحلية أيضا حتى لا يجوز له نكاحها قبل التزوج بزوج آخر لقوله عز وجل فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وسواء طلقها ثلاثا متفرقا أو جملة واحدة لان أهل التأويل اختلفوا فى مواضع التطليقة الثالثة من كتاب الله قال بعضهم هو قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره بعد قوله الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان وقالوا الامساك بالمعروف هو الرجعة والتسريح بالاحسان هو أن يتركها حتى تنقضى عدتها وقال بعضهم هو قوله تعالى أو تسريح باحسان فالتسريح هو الطلقة الثالثة وعلى ذلك جاء الخبر وكل ذلك جائز محتمل غير أنه ان كان التسريح هو تركها حتى تنقضى عدتها كان تقدير قوله سبحانه وتعالى فان طلقها فلا تحل له أى طلقها تطليقة ثالثة وان كان المراد من التسريح التطليقة الثالثة كان تقدير قوله تعالى فان طلقها أى طلقها طلاقا ثلاثا فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وانما تنتهى الحرمة وتحل للزوج الاول بشرائط منها النكاح وهو أن تنكح زوجا غيره لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره نفى الحل وحد النفى الى غاية التزوج بزوج آخر والحكم الممدود الى غاية لا ينتهى قبل وجود الغاية فلا تنتهى الحرمة قبل التزوج فلا تحل للزوج الاول قبله ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا وطئها انسان بالزنا أو بشبهة أنها لا تحل لزوجها لعدم النكاح وكذا اذا وطئها المولى بملك اليمين بأن حرمت أمته المنكوحة على زوجها حرمة غليظة وانقضت عدتها فوطئها المولى لا تحل لزوجها لان الله تعالى نفى الحل الى غاية فلا ينتهى النفى قبل وجود النكاح ولم يوجد وكذا روى عن على رضى الله عنه أنه قال فى هذه المسئلة ليس بزوج يعنى المولى وروى أن عثمان سئل عن ذلك وعنده على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما فرخص فى ذلك عثمان وزيد وقالا هو زوج فقام على مغضبا كارها لما قالا وقد روى أنه قال ليس بزوج وكذا ان اشتراها الزوج قبل أن تنكح زوجا غيره لم تحل له بملك اليمين وكذا اذا أعتقت لما قلنا

(فصل) ومنها أن يكون النكاح الثانى صحيحا حتى لو تزوجت رجلا نكاحا فاسدا ودخل بها لا تحل للاول لان النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة ومطلق النكاح ينصرف الى ما هو نكاح حقيقة ولو كان النكاح الثانى مختلفا فى فساده ودخل بها لا تحل للاول عند من يقول بفساده لما قلنا فان تزوجت بزوج آخر ومن نيتهما التحليل فان لم يشرطا ذلك بالقول وانما نويا ودخل بها على هذه النية حلت للاول فى قولهم جميعا لان مجرد النية فى المعاملات غير معتبر فوقع النكاح صحيحا لاستجماع شرائط الصحة فتحل للاول كما لو نويا التوقيت وسائر المعانى المفسدة وان شرط الاحلال بالقول وأنه يتزوجها لذلك وكان الشرط منها فهو نكاح صحيح عند أبى حنيفة وزفر وتحل للاول ويكره للثانى والاول وقال أبو يوسف النكاح الثانى فاسد وان وطئها لم تحل للاول وقال محمد النكاح الثانى صحيح ولا تحل للاول (وجه) قول أبى يوسف ان النكاح بشرط الاحلال فى معنى النكاح المؤقت وشرط التوقيت فى النكاح يفسده والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل ولمحمد ان النكاح عقد مؤبد فكان شرط الاحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل فيبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا لكن لا يحصل به الغرض كمن قتل مورثه أنه

يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا ولابى حنيفة ان عمومات النكاح تقتضى الجواز من غير فصل بين ما اذا شرط فيه الاحلال أولا فكان النكاح بهذا الشرط نكاحا صحيحا فيدخل تحت قوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره فتنتهى الحرمة عند وجوده الا أنه كره النكاح بهذا الشرط لغيره وهو أنه شرط ينافى المقصود من النكاح وهو السكن والتوالد والتعفف لان ذلك يقف على البقاء والدوام على النكاح وهذا والله أعلم معنى الحاق اللعن بالمحلل فى قوله صلى الله عليه وسلم لعن الله المحلل والمحلل له وأما الحاق اللعن بالزوج الاول وهو المحلل له فيحتمل أن يكون لوجهين أحدهما أنه سبب لمباشرة الزوج الثانى هذا النكاح لقصد الفراق والطلاق دون الابقاء وتحقيق ما وضع له والمسبب شريك المباشر فى الاسم والثواب فى التسبب للمعصية والطاعة والثانى أنه باشر ما يفضى الى الذى تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه من عودها اليه من مضاجعة غيره اياها واستمتاعه بها وهو الطلقات الثلاث اذ لولاها لما وقع فيه فكان الحاقه اللعن به لاجل الطلقات والله عز وجل أعلم وأما قول أبى يوسف ان التوقيت فى النكاح يفسد النكاح فنقول المفسد له هو التوقيت نصا ألا ترى أن كل نكاح مؤقت فانه يتوقت بالطلاق و بالموت وغير ذلك ولم يوجد التوقيت نصا فلا يفسد وقول محمد انه استعجال ما أجله الله تعالى ممنوع فان استعجال ما أجله الله تعالى لا يتصور لان الله تعالى اذا ضرب لامر أجلا لا يتقدم ولا يتأخر فاذا طلقها الزوج الثانى تبين ان الله تعالى أجل هذا النكاح اليه ولهذا قلنا ان المقتول ميت بأجله خلافا للمعتزلة ومنها الدخول من الزوج الثانى فلا تحل لزوجها الاول بالنكاح الثانى حتى يدخل بها وهذا قول عامة العلماء وقال سعيد بن المسيب تحل بنفس العقد واحتج بقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والنكاح هو العقد وان كان يستعمل فى العقد والوطء جميعا عند الاطلاق لكنه يصرف الى العقد عند وجود القرينة وقد وجدت لانه أضاف النكاح الى المرأة بقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره والعقد يوجد منها كما يوجد من الرجل فاما الجماع فانه يقوم بالرجل وحده والمرأة محله فانصرف الى العقد بهذه القرينة فاذا وجد العقد تنتهى الحرمة بظاهر النص ولنا قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد من النكاح الجماع لان النكاح فى اللغة هو الضم حقيقة وحقيقة الضم فى الجماع وانما العقد سبب داعى اليه فكان حقيقة للجماع مجازا للعقد مع ما انا لو حملناه على العقد لكان تكرارا لان معنى العقد يفيده ذكر الزوج فكان الحمل على الجماع أولى بقى قوله انه أضاف النكاح اليها والجماع مما تصح اضافته الى الزوجين لوجود معنى الاجتماع منهما حقيقة فاما الوطء ففعل الرجل حقيقة لكن اضافة النكاح اليها من حيث هو ضم وجمع لا من حيث هو وطء ثم ان كان المراد من النكاح فى الآية هو العقد فالجماع يضمر فيه عرفنا ذلك بالحديث المشهور وضرب من المعقول أما الحديث فما روينا عن عائشة رضى الله عنها ان رفاعة القرظى طلق امرأته ثلاثا فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت ان رفاعة طلقنى و بت طلاقى فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير ولم يكن معه الا مثل هدبة الثوب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتريدين ان ترجعى الى رفاعة لا حتى تذوقى من عسيلته و يذوق من عسيلتك وعن ابن عمر وأنس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم هذا الحديث ولم يذكرا قصة امرأة رفاعة وهو ما روى عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل وهو على المنبر عن رجل طلق امرأته ثلاثا فتزوجها غيره فأغلق الباب وارخى الستر وكشف الخمار ثم فارقها فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا تحل للاول حتى تذوق عسيلة الآخر وأما المعقول فهو ان الحرمة الغليظة انما تثبت عقوبة للزوج الاول بما أقدم على الطلاق الثلاث الذى هو مكروه شرعا زجرا ومنعا له عن ذلك لكن اذا تفكر فى حرمتها عليه الا بزوج آخر الذى تنفر منه الطباع السليمة وتكرهه انزجر عن ذلك ومعلوم ان العقد بنفسه لا تنفر عنه الطباع ولا تكرهه اذ لا يشتد على المرأة مجرد النكاح ما لم يتصل به الجماع فكان الدخول شرطا فيه ليكون زجرا له ومنعا عن ارتكابه فكان الجماع مضمرا فى الآية الكريمة كانه قال عز وجل حتى تنكح زوجا غيره

ويجامعها

ويجامعها وأما الانزال فليس بشرط للاحلال لان الله تعالى جعل الجماع غاية الحرمة والجماع فى الفرج هو التقاء الختانين فاذا وجد فقد انتهت الحرمة وسواء كان الزوج الثانى بالغا أو صبيا يجامع فجامعها أو مجنونا فجامعها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره من غير فصل بين زوج وزوج ولان وطء الصبى والمجنون يتعلق به أحكام النكاح من المهر والتحريم كوطء البالغ العاقل وكذلك الصغيرة التى يجامع مثلها اذا طلقها زوجها ثلاثا ودخل بها الزوج الثانى حلت للاول لاطلاق قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولان وطأها يتعلق به أحكام الوطء من المهر والتحريم فصار كوطء البالغة وسواء كان الزوج الثانى حرا أو عبدا قنا أو مدبرا أو مكاتبا بعد ان تزوج باذن مولاه ودخل بها لقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره مطلقا من غير فصل ولان أحكام النكاح تتعلق بوطء هؤلاء كما تتعلق بوطء الحر وكذا اذا كان مشلولا ينتشر له ويجامع لوجود الجماع فى النكاح الصحيح وانما الفائت هو الانزال وذا ليس بشرط كالفحل اذا جامع ولم ينزل وأما المجبوب فانه لا يحلها للاول لانه لا يتحقق منه الجماع وانما يوجد منه السحق والملاصقة والتحليل يتعلق بالجماع وانه اسم لالتقاء الختانين ولم يوجد فلا تحل للاول وان حملت امرأة المجبوب وولدت هل تحل للاول قال أبو يوسف حلت للاول وكانت محصنة وقال زفر لا تحل للاول ولا تكون محصنة وهو قول الحسن وجه قول زفر ظاهر لان ثبوت النسب ليس بوطء حقيقة بل يقام مقام الوطء حكما والتحليل يتعلق حقيقة لا حكما كالخلوة فانها لا تفيد الحل وان أقيم مقام الوطء حكما كذا هذا ولان النسب يثبت من صاحب الفراش مع كون المرأة زانية حقيقة لكونه مولودا على الفراش والتحليل لا يقع بالزنا ولابى يوسف ان النسب ثابت منه وثبوت النسب حكم الوطء فى الاصل فصار كالدخول سواء وطئها الزوج الثانى فى حيض أو نفاس أو صوم أو احرام لوجود الدخول فى النكاح الصحيح ولو كانت كتابية تحت مسلم طلقها ثلاثا فنكحت كتابيا نكاحا يقران عليه لو أسلما ودخل بها فانها تحل للزوج الاول لوجود الدخول فى النكاح الصحيح فى حقهم لانهم يقرون عليه بعد الاسلام فصار كنكاح المسلمين وسواء كانت المرأة مطلقة من زوج واحد أو من زوجين أو أكثر من ذلك فالزوج الواحد اذا دخل بها تحل للزوجين أو أكثر من ذلك بان طلق الرجل امرأته ثلاثا فتزوجت بزوج آخر فطلقها الثانى قبل ان يدخل بها ثلاثا ثم تزوجت زوجا ثالثا ودخل بها حلت للاولين لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره جعل الزوج الثانى منهيا للحرمة من غير فصل بين ما اذا حرمت على زوج واحد أو أكثر ثم وطء الزوج الثانى هل يهدم ما كان فى ملك الزوج الاول من الطلاق لا خلاف فى انه يهدم الثلاث وهل يهدم ما دون الثلاث قال أبو حنيفة وأبو يوسف يهدم وقال محمد لا يهدم وبه أخذ الشافعى وقد ذكرنا الحجج والشبه فيما تقدم واذا طلق الرجل امرأته ثلاثا فغابت عنه مدة ثم أتته فقالت انى تزوجت زوجا غيرك ودخل بى وطلقنى وانقضت عدتى قال محمد لا بأس ان يتزوجها ويصدقها اذا كانت ثقة عنده أو وقع فى قلبه انها صادقة لان هذا من باب الديانة وخبر العدل فى باب الديانة مقبول رجلا كان أو امرأة كما فى الاخبار عن طهارة الماء ونجاسته وكما فى رواية الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فان تزوجها ولم تخبره بشىء فلما وقع قالت لم أتزوج زوجا غيرك أو قالت تزوجت ولم يدخل بى أو قالت قد خلا بى وجامعنى فيما دون الفرج وكذبها الاول وقال قد دخل بك الثانى لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وذكر الحسن بن زياد ان القول قول المرأة فى ذلك كله لان هذا المعنى لا يعلم الا من جهتها فكان القول قولها كما فى الخبر عن الحيض والحبل وفيه اشكال وهو انه انما يجعل القول قولها اذا لم يسبق منها ما يكذبها وقد سبق منها ما يكذبها فى قولها وهو اقدامها على النكاح من الزوج الاول لان شيأ من ذلك لا يجوز الا بعد التزوج بزوج آخر والدخول بها فكان فعلها مناقضا لقولها فلا يقبل وان كان الزوج هو الذى قال لها لم تتزوجى أو قال لم يدخل بك الثانى وقالت المرأة قد دخل بى قال الحسن القول قول المرأة وهذا صحيح لما ذكرنا ان هذا انما يعلم من جهتها ولم يوجد منها دليل التناقض فكان القول قولها قال ويفسد النكاح بقول الزوج ولها نصف

المسمى ان كان لم يدخل بها والكل ان كان قد دخل بها لان الزوج معترف بالحرمة وقوله فيما يرجع الى الحرمة مقبول لانه يملك انشاء الحرمة فكان اعترافه بفساد النكاح بمنزلة انشاء الفرقة فيقبل قوله فيه ولا يقبل فى اسقاط حقها من المهر والله عز وجل أعلم وان كان الزوجان مملوكين فحكم الواحدة البائنة لا يختلف وأما حكم الثنتين فحكمهما فى المملوكين ما هو حكم الثلاث فى الحرين بلا خلاف لقوله صلى الله عليه وسلم طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقوله صلى الله عليه وسلم يطلق العبد ثنتين وان كان أحدهما حرا والآخر مملوكا فيعتبر فيه جانب النساء عندنا وعند الشافعى جانب الرجال بناء على ان اعتبار الطلاق بهن عندنا وعندهم بهن والمسئلة قد تقدمت والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ هذا الذى ذكرنا بيان الحكم الاصلى للطلاق وأما الذى هو من التوابع فنوعان نوع يعم الطلاق المعين والمبهم ونوع يخص المبهم أما الذى يعم المعين والمبهم فوجوب العدة على بعض المطلقات دون بعض وهى المطلقة المدخول بها والكلام فى العدة فى مواضع فى تفسير العدة فى عرف الشرع و بيان وقت وجوبها وفى بيان أنواع العدد وسبب وجوب كل نوع وماله وجب وشرط وجوبه وفى بيان مقادير العدد وفى بيان انتقال العدة وتغيرها وفى بيان أحكام العدة وفى بيان ما يعرف به انقضاء العدة وما يتصل بها أما تفسير العدة و بيان وقت وجوبها فالعدة فى عرف الشرع اسم لاجل ضرب لانقضاء ما بقى من آثار النكاح وهذا عندنا وعند الشافعى هى اسم لفعل التربص وعلى هذا ينبنى العدتان اذا وجبتا انهما يتداخلان سواء كانتا من جنس واحد أو من جنسين وصورة الجنس الواحد المطلقة اذا تزوجت فى عدتها فوطئها الزوج ثم تتاركا حتى وجبت عليها عدة أخرى فان العدتين يتداخلان عندنا وصورة الجنسين المختلفين المتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة تداخلت أيضا وتعتد بما رأته من الحيض فى الاشهر من عدة الوطء عندنا وقال الشافعى تمضى فى العدة الاولى فاذا انقضت استأنفت الاخرى احتج بقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقوله تعالى و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك أى فى التربص ومعلوم ان الزوج انما يملك الرجعة فى العدة فدل ان العدة تربص سمى الله تعالى العدة تربصا وهو اسم للفعل وهو الكف والفعلان وان كانا من جنس واحد لا يتأديان باحدهما كالكف فى باب الصوم وغير ذلك ولنا قوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله سمى الله تعالى العدة أجلا والاجل اسم لزمان مقدر مضروب لانقضاء أمر كآجال الديون وغيرها سميت العدة أجلا لكونه وقتا مضروبا لانقضاء ما بقى من آثار النكاح والآجال اذا اجتمعت تنقضى بمدة واحدة كالآجال فى باب الديون والدليل على انها اسم للاجل لا للفعل انها تنقضى من غير فعل التربص بأن لم تجتنب عن محظورات العدة حتى انقضت المدة ولو كانت فعلا لما تصور انقضاؤها مع ضدها وهو الترك وأما الآيات فالتربص هو التثبت والانتظار قال تعالى فتربصوا به حتى حين وقال سبحانه وتعالى يتربص بكم الدوائر وقال سبحانه فتربصوا انا معكم متربصون والانتظار يكون فى الآجال المعتدة تنتظر انقضاء المدة المضروبة وبه تبين ان التربص ليس هو فعل الكف على انا ان سلمنا انه كف لكنه ليس بركن فى الباب بل هو تابع بدليل انه تنقضى العدة بدونه على ما بينا وكذا تنقضى بدون العلم به ولو كان ركنا لما تصور الانقضاء بدونه و بدون العلم به وعلى هذا ينبنى وقت وجوب العدة انها تجب من وقت وجود سبب الوجوب من الطلاق والوفاة وغير ذلك حتى لو بلغ المرأة طلاق زوجها أو موته فعليها العدة من يوم طلق أو مات عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وحكى عن على رضى الله عنه انه قال من يوم يأتيها الخبر وجه البناء على هذا الاصل ان الفعل لما كان ركنا عنده فايجاب الفعل على من لا علم له به ولا سبب الى الوصول الى العلم به ممتنع فلا يمكن ايجابه الا من وقت بلوغ الخبر لانه وقت حصول العلم به ولما كان الركن هو الاجل عندنا وهو مضى الزمان لا يقف وجوبه على العلم به كمضى سائر الازمنة ثم قد بينا انه لا يقف على فعلها أصلا وهو الكف فانها لو علمت فلم

تكف

تكف ولم تجتنب ما تجتنبه المعتدة حتى انقضت المدة انقضت عدتها واذا لم يقف على فعلها فلان لا يقف على علمها به أولى وما روى عن على رضى الله عنه محمول على انها لم تعلم وقت الموت فامرها بالاخذ باليقين وبه نقول وقد روى عنه رضى الله عنه فى العدة انها من يوم الطلاق مثل قول العامة فاما ان يحمل على الرجوع أو على ما قلنا وأما بيان أنواع العدد فالعدد فى الشرع أنواع ثلاثة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة الحبل أما عدة الاقراء فلوجوبها أسباب منها الفرقة فى النكاح الصحيح سواء كانت بطلاق أو بغير طلاق وانما تجب هذه العدة لاستبراء الرحم وتعرف براءتها عن الشغل بالولد لانها لو لم تجب ويحتمل انها حملت من الزوج الاول فتتزوج بزوج آخر وهى حامل من الاول فيطؤها الثانى فيصير ساقيا ماءه زرع غيره وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا اذا جاءت بولد يشتبه النسب فلا يحصل المقصود ويضيع الولد أيضا لعدم المربى والنكاح سببه فكان تسببا الى هلاك الولد وهذا لا يجوز فوجبت العدة ليعلم بها فراغ الرحم وشغلها فلا يؤدى الى هذه العواقب الوخيمة وشرط وجوبها الدخول أو ما يجرى مجرى الدخول وهو الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح دون الفاسد فلا يجب بدون الدخول والخلوة الصحيحة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها ولان وجوبها بطريق استبراء الرحم على ما بينا والحاجة الى الاستبراء بعد الدخول لا قبله الا ان الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول فى وجوب العدة التى فيها حق الله تعالى لان حق الله تعالى يحتاط فى ايجابه ولان التسليم الواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول بخلاف الخلوة فى النكاح الفاسد لان الخلوة الصحيحة انما أقيمت مقام الدخول فى وجوب العدة مع انها ليست بدخول حقيقة لكونها سببا مفضيا اليه فاقيمت مقامه احتياطا اقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه والخلوة فى النكاح الفاسد لا تفضى الى الدخول لوجود المانع وهو فساد النكاح وحرمة الوطء فلم توجد الخلوة الحقيقية اذ هى لا تتحقق الا بعد انتفاء الموانع أو وجدت بصفة الفساد فلا تقوم مقام الدخول وكذا التسليم الواجب بالعقد لم يوجد لان النكاح الفاسد لا يوجب التسليم فلا تجب العدة وأما الخلوة الفاسدة فى النكاح الصحيح فقد ذكرنا تفصيل الكلام فيها فى كتاب النكاح وسواء كانت المطلقة حرة أو أمة قنة أو مدبرة أو مكاتبة أو مستسعاة لا يختلف أصل الحكم باختلاف الرق والحرية لان ما وجب له لا يختلف باختلافهما وانما يختلف فى القدر لما نبين والكلام فى القدر يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى وسواء كانت مسلمة أو كتابية تحت مسلم الحرة كالحرة والامة كالامة لان العدة تجب بحق الله وبحق الزوج قال تعالى فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والكتابية مخاطبة بحقوق العباد فتجب عليها العدة وتجبر عليها لاجل حق الزوج والولد لانها من أهل ايفاء حقوق العباد وان كانت تحت ذمى فلا عدة عليها فى الفرقة ولا فى الموت فى قول أبى حنيفة اذا كان ذلك كذلك فى دينهم حتى لو تزوجت فى الحال جاز وعند أبى يوسف ومحمد عليها العدة وذكر الكرخى فى جامعه فى الذمية تحت ذمى اذا مات عنها أو طلقها فتزوجت فى الحال جاز الا أن تكون حاملا فلا يجوز نكاحها وجه قولهما ان الذمية من أهل دار الاسلام ألا ترى ان أهل الذمة يجرى عليهم سائر أحكام الاسلام كذا هذا الحكم ولابى حنيفة انه لو وجبت عليها العدة اما أن تجب بحق الله تعالى أو بحق الزوج ولا سبيل الى ايجابها بحق الزوج لان الزوج لا يعتقد حقا لنفسه ولا وجه الى ايجابها بحق الله تعالى لان العدة فيها معنى القربة وهى غير مخاطبة بالقربات الا انها اذا كانت حاملا تمنع من التزوج لان وطء الزوج الثانى يوجب اشتباه النسب وحفظ النسب حق الولد فلا تملك ابطال حقه فكان على الحكم استيفاء حقه بالمنع من التزوج ولا عدة على المهاجرة فى قول أبى حنيفة وعندهما عليها العدة والمسئلة مرت فى كتاب النكاح فان جاء الزوج مسلما وتركها فى دار الحرب فلا عدة عليها فى قولهم جميعا لان على أصل أبى حنيفة الكافرة تلزمها العدة لحق المسلم واختلاف الدارين يمنع ثبوت الحق لاحدهما على الآخر وعلى أصلهما وجوب

العدة على الكافرة لجريان حكمنا على أهل الذمة ولا يجرى حكمنا على الحربية ولا عدة على الزانية حاملا كانت أو غير حامل لان الزنا لا يتعلق به ثبوت النسب ومنها الفرقة فى النكاح الفاسد بتفريق القاضى أو بالمتاركة وشرطها الدخول لان النكاح الفاسد يجعل منعقدا عند الحاجة وهى عند استيفاء المنافع وقد مست الحاجة الى الانعقاد لوجوب العدة وصيانة للماء عن الضياع بثبوت النسب وتجب هذه العدة على الحرة والامة والمسلمة والكتابية لان الموجب لا يوجب الفصل ويستوى فيها الفرقة والموت لان وجوب هذه العدة على وجه الاستبراء وقد مست الحاجة فى الاستبراء لوجود الوطء فاما عدة الوفاة فانما تجب لمعنى آخر وهو اظهار الحزن على مافاتها من نعمة النكاح على ما نذكر ان شاء الله تعالى والنكاح الفاسد ليس بنكاح على الحقيقة فلم يكن نعمة ثم يعتبر الوجوب فى الفرقة من وقت الفرقة وفى الموت من وقت الموت عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر من آخر وطء وطئها والمسئلة مرت فى كتاب النكاح ومنها الوطء عن شبهة النكاح بان زفت اليه غير امرأته فوطئها لان الشبهة تقام مقام الحقيقة فى موضع الاحتياط وايجاب العدة من باب الاحتياط ومنها عتق أم الولد ومنها موت مولاها بان أعتقها سيدها أو مات عنها وسبب وجوب هذه العدة هو زوال الفراش وهذا عندنا وعند الشافعى لا عدة عليها وانما عليها الاستبراء بحيضة واحدة وسبب وجوبها عنده هو زوال ملك اليمين ونذكر المسئلة فى بيان مقادير العدد ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما عدة الاشهر فنوعان نوع يجب بدلا عن الحيض ونوع يجب أصلا بنفسه أما الذى يجب بدلا عن الحيض فهو عدة الصغيرة والآيسة والمرأة التى لم تحض رأسا فى الطلاق وسبب وجوبها هو الطلاق وهو سبب وجوب عدة الاقراء وانها تجب قضاء لحق النكاح الذى استوفى فيه المقصود وشرط وجوبها شيئان أحدهما أحد الاشياء الثلاثة الصغر أو الكبر أو فقد الحيض أصلا مع عدم الصغر والكبر والاصل فيه قوله تعالى واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن والثانى الدخول أو ماهو فى معناه وهو الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح لعموم قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها من غير تخصيص الا ان الخلوة الصحيحة فى النكاح الصحيح ألحقت بالدخول فى حق وجوب العدة لما ذكرنا انها ألحقت به فى حق تأكيد كل المهر ففى وجوب العدة أولى احتياطا وتجب هذه العدة على الحرة والامة وأصل الوجوب ان ماوجبت له لا يختلف وهو ما بينا وانما يختلفان فى مقدار الواجب على ما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا يستوى فيها المسلمة والكتابية لعموم النص وكذا المعنى الذى له وجبت لا يوجب الفصل وأما الذى يجب أصلا بنفسه فهو عدة الوفاة وسبب وجوبها الوفاة قال الله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وانها تجب لاظهار الحزن بفوت نعمة النكاح اذ النكاح كان نعمة عظيمة فى حقها فان الزوج كان سبب صيانتها وعفافها وايفائها بالنفقة والكسوة والمسكن فوجبت عليها العدة اظهارا للحزن بفوت النعمة وتعريفا لقدرها وشرط وجوبها النكاح الصحيح فقط فتجب هذه العدة على المتوفى عنها زوجها سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها وسواء كانت ممن تحيض أو ممن لا تحيض لعموم قوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولما ذكرنا انها تجب اظهارا للحزن بفوت نعمة النكاح وقد وجد وانما شرطنا النكاح الصحيح لان الله تعالى أوجبها على الازواج ولا يصير زوجا حقيقة الا بالنكاح الصحيح وسواء كانت مسلمة أو كتابية تحت مسلم لعموم النص ولوجود المعنى الذى وجبت له وسواء كانت حرة أو أمة أو مدبرة أو مكاتبة أو مستسعاة لا يختلف أصل الحكم لان ماوجبت له لا يختلف وانما يختلف القدر لما نذكر

﴿ فصل ﴾ وأما عدة الحبل فهى مدة الحمل وسبب وجوبها الفرقة أو الوفاة والاصل فيه قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن أى انقضاء أجلهن أن يضعن حملهن واذا كان انقضاء أجلهن بوضع حملهن كان

أجلهن لان أجلهن مدة حملهن وهذه العدة انما تجب لئلا يصير الزوج بها ساقيا ماءه زرع غيره وشرط وجوبها أن يكون الحمل من النكاح صحيحا كان أو فاسدا لان الوطء فى النكاح الفاسد يوجب العدة ولا تجب على الحامل بالزنا لان الزنا لا يوجب العدة الا أنه اذا تزوج امرأة وهى حامل من الزنا جاز النكاح عند أبى حنيفة ومحمد لا يجوز له أن يطأها مالم تضع لئلا يصير ساقيا ماءه زرع غيره

﴿فصل﴾ وأما بيان مقادير العدة وما تنقضى به فاما عدة الاقراء فان كانت المرأة حرة فعدتها ثلاثة قروء لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء وسواء وجبت بالفرقة فى النكاح الصحيح أو بالفرقة فى النكاح الفاسد أو بالوطء عن شبهة النكاح لما ذكرنا ان النكاح الفاسد بعد الدخول يجعل منعقدا فى حق وجوب العدة ويلحق به فيه وشبهة النكاح ملحقة بالحقيقة فيما يحتاط فيه والنص الوارد فى المطلقة يكون واردا فيهما دلالة وكذلك أم الولد اذا أعتقت باعتاق المولى أو بموته فانها تعتد بثلاثة قروء عندنا وعند الشافعى تعتد بحيضة واحدة وجه قوله ان هذه العدة لم تجب بزوال ملك النكاح لعدم النكاح وانما وجبت بزوال ملك اليمين فكان وجوبها بطريق الاستبراء فيكتفى بحيضة واحدة كما فى استبراء سائر المملوكات (ولنا) ماروى عن عمر وغيره من الصحابة رضى الله عنهم انهم قالوا عدة أم الولد ثلاث حيض وهذا نص فيه وبه تبين ان الواجب عدة وليس باستبراء الا أنهم سموه عدة والعدة لا تقدر بحيضة واحدة والدليل على انه عدة انه يجب على الحرة والحرة لا يلزمها الاستبراء واذا كان عدة لا يجوز تقديرها بحيضة واحدة كسائر العدد ولان هذه العدة تجب بزوال الفراش لان أم الولد لها فراش الا أن فراشها قبل العتق غير مستحكم بل هو ضعيف لاحتماله النقل الى غيره فاذا أعتقت فقد استحكم فالتحق بالفراش الثابت بالنكاح والعدة التى تجب بزوال الفراش الثابت بالنكاح وهو النكاح الفاسد مقدرة بثلاثة قروء ولهذا استوى فى الواجب عليها الموت والعتق كما فى النكاح الفاسد وعدة المستحاضة وغيرها سواء وهى ثلاثة أقراء لعموم النص وان كانت أمة فقرآن عند عامة العلماء وقال نفاة القياس ثلاثة قروء كعدة الحرة احتجوا بعموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء من غير تخصيص الحرة (ولنا) الحديث المشهور وهو ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان وقال عمر رضى الله عنه عدتها حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا وبه تبين ان الاماء مخصوصات من عموم الكتاب الكريم وتخصيص الكتاب بالخبر المشهور جائز بالاجماع ولان العدة حق من حقوق النكاح مقدر فيؤثر الرق فى تنصيفه كالقسم كان ينبغى أن يتنصف فتعتد حيضة ونصفا كما أشار اليه عمر رضى الله عنه الا أنه لا يمكن لان الحيضة الواحدة لا تتجزأ فتكاملت ضرورة وسواء كان زوجها حرا أو عبدا بلا خلاف لان العدة تعتبر بالنساء بالاجماع ويستوى فى مقدار هذه العدة المسلمة والكتابية الحرة كالحرة والامة كالامة لان الدلائل لا توجب الفصل ثم اختلف أهل العلم فيما تنقضى به هذه العدة انه الحيض أم الاطهار قال أصحابنا الحيض وقال الشافعى الاطهار وفائدة الاختلاف ان من طلق امرأته فى حالة الطهر لا يحتسب بذلك الطهر من العدة عندنا حتى لا تنقضى عدتها مالم تحض ثلاث حيض بعده وعنده يحتسب بذلك الطهر من العدة فتنقضى عدتها بانقضاء ذلك الطهر الذى طلقها فيه وبطهر آخر بعده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن أبى بكر وعمر وعثمان وعلى وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وأبى موسى الاشعرى وأبى الدرداء وعبادة بن الصامت وعبد الله بن قيس رضى الله تعالى عنهم انهم قالوا الزوج أحق برجعتها مالم تغتسل من الحيضة الثالثة كما هو مذهبنا وعن زيد بن ثابت وحذيفة وعبد الله بن عمر وعائشة رضى الله عنهم مثل قوله وحاصل الاختلاف راجع الى أن القرء المذكور فى قوله سبحانه ثلاثة قروء ماهو الحيض أم الطهر فعندنا الحيض وعنده الطهر ولا خلاف بين أهل اللغة فى ان القرء من الاسماء المشتركة يذكر ويراد به الحيض ويذكر ويراد به الطهر على طريق الاشتراك فيكون حقيقة لكل واحد منهما كما فى سائر الاسماء المشتركة من اسم العين وغير ذلك أما استعماله فى الحيض فالقول

النبي صلى الله عليه وسلم المستحاضة تدع الصلاة أيام اقرائها أى أيام حيضها اذ أيام الحيض هى التى تدع الصلاة فيها
لا أيام الطهر وأما فى الطهر فلما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعبد الله بن عمر رضى الله عنهما ان من السنة
أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل قرء تطليقة أى طهر واذا كان الاسم حقيقة لكل واحد منهما على سبيل
الاشتراك فيقع الكلام فى الترجيح احتج الشافعى بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وقد فسر النبي صلى الله عليه وسلم
العدة بالطهر فى ذلك الحديث حيث قال فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء فدل ان العدة بالطهر لا بالحيض
ولانه أدخل الهاء فى الثلاثة بقوله عز وجل ثلاثة قروء وانما تدخل الهاء فى جمع المذكر لا فى جمع المؤنث يقال ثلاثة
رجال وثلاث نسوة والحيض مؤنث والطهر مذكر فدل ان المراد منها الاطهار ولانكم لو حملتم القرء المذكور على
الحيض للزمكم المناقضة لانكم قلتم فى المطلقة اذا كانت أيامها دون العشرة فانقطع دمها انه لا تنقضى عدتها ما لم تغتسل
من الحيضة الثالثة فقد جعلتم العدة بالطهر وهذا تناقض (ولنا) الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب الكريم
فقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء أمر الله تعالى بالاعتداد بثلاثة قروء ولو حمل القرء على الطهر
لكان الاعتداد بطهرين وبعض الثالث لان بقية الطهر الذى صادفه الطلاق محسوب من الاقراء عنده والثلاثة
اسم لعدد مخصوص والاسم الموضوع لعدد لا يقع على ما دونه فيكون ترك العمل بالكتاب ولو حملناه على الحيض
يكون الاعتداد بثلاث حيض كوامل لان ما بقى من الطهر غير محسوب من العدة عندنا فيكون عملا بالكتاب فكان
الحمل على ما قلنا أولى ولا يلزم قوله تعالى الحج أشهر معلومات انه ذكر الاشهر والمراد منه شهران وبعض الثالث
فكذا القروء جاز أن يراد بها القرآن وبعض الثالث لان الاشهر اسم جمع لا اسم عدد واسم الجمع جاز أن يذكر
ويراد به بعض ما ينتظمه مجازا ولا يجوز أن يذكر الاسم الموضوع لعدد مخصوص ويراد به ما دونه لا حقيقة ولا مجازا
ألا ترى انه لا يجوز أن يقال رأيت ثلاثة رجال ويراد به رجلان وجاز أن يقال رأيت رجالا ويراد به رجلان مع ما ان
هذا ان كان فى حد الجواز فلا شك انه بطريق المجاز ولا يجوز العدول عن الحقيقة من غير دليل اذ الحقيقة هى الاصل فى
حق الاحكام للعمل بها وان كان فى حق الاعتقاد يجب التوقف لمعارضة المجاز الحقيقة فى الاستعمال وفى باب الحج
قام دليل المجاز وقوله عز وجل واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر جعل سبحانه
وتعالى الاشهر بدلا عن الاقراء عند اليأس عن الحيض والمبدل هو الذى يشترط عدمه لجواز اقامة البدل مقامه
فدل ان المبدل هو الحيض فكان هو المراد من القرء المذكور فى الآية كما فى قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا
طيبا لما شرط عدم الماء عند ذكر البدل وهو التيمم دل ان التيمم بدل عن الماء فكان المراد منه الغسل
المذكور فى آية الوضوء وهو الغسل بالماء كذا ههنا وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ومعلوم انه لا تفاوت بين الحرة والامة فى العدة فيما يقع به الانقضاء اذ الرق أثره
فى تنقيص العدة التى تكون فى حق الحرة لا فى تغيير أصل العدة فدل ان أصل ما تنقضى به العدة هو الحيض
وأما المعقول فهو ان هذه العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم والعلم ببراءة الرحم يحصل بالحيض لا بالطهر فكان
الاعتداد بالحيض لا بالطهر وأما الآية الكريمة فالمراد من العدة المذكورة فيها عدة الطلاق والنبي صلى الله
عليه وسلم جعل الطهر عدة الطلاق ألا ترى انه قال فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء والكلام
فى العدة عن الطلاق انها ما هى وليس فى الآية بيانها وأما قوله أدخل الهاء فى الثلاثة فنعم لكن هذا لا يدل
على ان المراد هو الطهر من القروء لان اللغة لا تمنع من تسمية شئ واحد باسم التذكير والتأنيث كالبر والحنطة
فيقال هذا البر وهذه الحنطة وان كانت البر والحنطة شيأ واحدا فكذا القرء والحيض أسماء للدم المعتاد واحد
الاسمين مذكر وهو القرء فيقال ثلاثة قروء والآخر مؤنث وهو الحيض فيقال ثلاث حيض ودعوى التناقض
ممنوعة فان فى تلك الصورة الحيض بق وان كان الدم منقطعا لان انقطاع الدم لا ينافى الحيض بالاجماع لان

الدم لا يدر في جميع الاوقات بل في وقت دون وقت واحتمال الدرور في وقت الحيض قائم فاذا لم يجعل ذلك الطهر
عدة لا يلزمنا التناقض وأما الممتد طهرها وهي امرأة كانت تحيض ثم ارتفع حيضها من غير حمل ولا يأس فانقضاء
عدتها في الطلاق وسائر وجوه الفرق بالحيض لانها من ذات الاقراء الا أنه ارتفع حيضها لعارض فلا تنقضي
عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو حتى تدخل في حد الاياس فتستأنف عدة الآيسة ثلاثة أشهر وهو مذهب علي
وعثمان وزيد بن ثابت رضي الله عنهم وروي عن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أنها تمكث تسعة أشهر فان لم
تحض اعتدت ثلاثة أشهر بعد ذلك وهو قول مالك واحتجوا بقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان
ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر نقل الله العدة عند الارتياب الى الاشهر والتي ارتفع حيضها فهي مرتابة فيجب أن تكون
عدتها بالشهور والجواب أنه ليس المراد من الارتياب المذكور هو الارتياب في اليأس بل المراد منه ارتياب المخاطبين
في عدة الآيسة قبل نزول الآية كذا روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أن الله تعالى لما بين لهم عدة ذات القروء وعدة
الحامل شكوا في الآيسة فلم يدروا ما عدتها فأنزل الله تعالى هذه الآية وفي الآية ما يدل عليه فانه قال واللائي يئسن من
المحيض من نسائكم ولا يأس مع الارتياب اذ الارتياب يكون وقت رجاء الحيض والرجاء ضد اليأس وكذا قال
سبحانه ان ارتبتم ولو كان المراد منه الارتياب في الاياس لكان من حق الكلام أن يقول ان ارتبن فدل أنه سبحانه
وتعالى أراد به ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وأما عدة الاشهر فالكلام فيها في موضعين أيضا في بيان مقدارها وما
تنقضي به وفي بيان كيفية ما يعتبر به الانقضاء أما الاول فما وجب بدلا عن الحيض وهو عدة الآيسة والصغيرة
والبالغة التي لم تر الحيض أصلا فثلاثة أشهر ان كانت حرة لقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم
فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن ولان الاشهر في حق هؤلاء تدل على الاقراء والاصل مقدر بالثلاث كذا
البدل سواء وجبت الفرقة بطلاق أو بغير طلاق في النكاح الصحيح لعموم النص أو وجبت بالفرقة في النكاح
الفاسد أو بالوطء عن شبهة لما ذكرنا في عدة الاقراء وكذا اذا وجبت على أم الولد بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافا
للشافعي وان كانت أمة فشهر ونصف لان حكم البدل حكم الاصل وقد تنصف المبدل فيتنصف البدل ولان الرق
منصف والتكامل في عدة الاقراء ثبت لضرورة عدم التجزي والشهر متجزئ فبقي الحكم فيه على الاصل وهذا
تتنصف عدتها في الوفاة وسواء كان زوجها حرا أو عبدا لما ذكرنا ان المعتبر في العدة جانب النساء وسواء كانت
قنة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة عند أبي حنيفة لما ذكرنا في عدة الاقراء وكذا اذا وجبت على أم الولد
بالعتق أو بموت المولى عندنا خلافا للشافعي وما وجب أصلا بنفسه وهو عدة الوفاة في نكاح صحيح فأربعة أشهر وعشر
وقيل انه قدرت هذه العدة بهذه المدة ان كانت حرة لقوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن
بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وقيل انما قدرت هذه العدة بهذه المدة لان الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة ثم
أربعين يوما علقة ثم أربعين يوما مضغة ثم ينفخ فيه الروح في العشر فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحبل ان كان
بها حبل وان كانت أمة فشهران وخمسة أيام لما بينا بالاجماع سواء كانت قنة أو مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة
عند أبي حنيفة والمسلمة والكتابية سواء كان في مقدار هاتين العدتين الحرة كالحرة والامة كالامة لان ما ذكرنا من
الدلائل لا يوجب الفصل بينهما وانقضاء هذه العدة بانقضاء هذه المدة في الحرة والامة (وأما الثاني) وهو بيان كيفية
ما يعتبر به انقضاء هذه العدة فجملة الكلام فيه أن سبب وجوب هذه العدة من الوفاة والطلاق ونحو ذلك اذا اتفق في
غرة الشهر اعتبرت الاشهر بالاهلة وان نقصت عن العدد في قول أصحابنا جميعا لان الله تعالى أمر بالعدة بالاشهر بقوله
عز وجل فعدتهن ثلاثة أشهر وقوله عز وجل أربعة أشهر وعشرا فلزم اعتبار الاشهر والشهر قد يكون ثلاثين يوما وقد
يكون تسعة وعشرين يوما بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار
بأصابع يديه كلها ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وحبس ابهامه في المرة الثالثة وان كانت الفرقة في بعض الشهر

اختلفوا فيه قال أبو حنيفة يعتبر بالايام فتعتد من الطلاق وأخواته تسعين يوما ومن الوفاة مائة وثلاثين يوما وكذلك قال فى صوم الشهرين المتتابعين اذا ابتدأ الصوم فى نصف الشهر وقال محمد تعتد بقية الشهر بالايام وباقى الشهور بالاهلة ويكمل الشهر الاول من الشهر الاخير بالايام وعن أبى يوسف روايتان فى رواية مثل قول أبى حنيفة وفى رواية مثل قول محمد وهو قوله الاخير (وجه) قولهما ان المأمور به هو الاعتداد بالشهر والاشهر اسم الاهلة فكان الاصل فى الاعتداد هو الاهلة قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والحج جعل الهلال لمعرفة المواقيت وانما يعدل الى الايام عند تعذر اعتبار الاهلة وقد تعذر اعتبار الهلال فى الشهر الاول فعدلنا عنه الى الايام ولا تعذر فى بقية الاشهر فلزم اعتبارها بالاهلة ولهذا اعتبرنا كذلك فى باب الاجارة اذا وقعت فى بعض الشهر كذا ههنا ولابى حنيفة ان العدة يراعى فيها الاحتياط فلو اعتبرناها فى الايام لزادت على الشهور ولو اعتبرناها بالاهلة لنقصت عن الايام فكان ايجاب الزيادة أولى احتياطا بخلاف الاجارة لانها تمليك المنفعة والمنافع توجد شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فيصير كل جزء منها كالمعقود عليه عقدا مبتدأ فيصير عند استهلال الشهر كانه ابتدأ العقد فيكون بالاهلة بخلاف العدة فان كل جزء منها ليس كعدة مبتدأة وأما الايلاء فى بعض الشهر فقد ذكرنا الاختلاف بين أبى يوسف وزفر فى كيفية اعتبار الشهر فيه ان على قول أبى يوسف يعتبر بالايام فيكمل مائة وعشرين يوما ولا ينظر الى نقصان الشهر ولا الى تمامه وعند زفر يعتبر بالاهلة (وجه) قول ان مدة الايلاء كمدة العدة لان كل واحد منهما يتعلق به البينونة ولابى يوسف ان اعتبار الايام فى مدة الايلاء يوجب تأخير الفرقة واعتبار الاشهر يوجب التعجيل فوقع الشك فى وقوع الطلاق فلا يقع بالشك كمن علق طلاق امرأته بعدة فى المستقبل وشك فى المدة بخلاف العدة لان الطلاق هناك واقع بيقين وحكمه متأجل فاذا وقع الشك فى التأجيل لا يتأجل بالشك وأما عدة الحبل فمقدارها بقية مدة الحمل قلت أو كثرت حتى لو ولدت بعد وجوب العدة بيوم أو أقل أو أكثر انقضت به العدة لقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل وذكر فى الاصل أنها لو ولدت والميت على سريره انقضت به العدة على ماجاءت به السنة هكذا ذكر والسنة المذكورة هى ماروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال فى المتوفى عنها زوجها اذا ولدت وزوجها على سريره جاز لها أن تتزوج وشرط انقضاء هذه العدة أن يكون ماوضعت قد استبان خلقه أو بعض خلقه فان لم يستبن رأسا بان أسقطت علقة أو مضغة لم تنقض العدة لانه اذا استبان خلقه أو بعض خلقه فهو ولد فقد وجد وضع الحمل فتنقضى به العدة واذا لم يستبن لم يعلم كونه ولدا بل يحتمل أن يكون ويحتمل أن لا يكون فيقع الشك فى وضع الحمل فلا تنقضى العدة بالشك وقال الشافعى فى أحد قوليه يرى للنساء وهذا ليس بشئ لانهن لم يشاهدن انخلاق الولد فى الرحم ليقسن هذا عليه فيعرفن وقال فى قول آخر يجعل فى الماء الحار ثم ينظر ان انحل فليس بولد وان لم ينحل فهو ولد وهذا أيضا فاسد لانه يحتمل انه قطعة من كبدها أو لحمها انفصلت منها وأنها لا تنحل بالماء الحار كما لا ينحل الولد فلا يعلم به أنه ولد ولو ظهر أكثر الولد لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وقد قالوا فى المطلقة طلاقا رجعيا انه اذا ظهر منها أكثر ولدها انها تبين فعلى هذا يجب أن تنقضى به العدة أيضا بظهور أكثر الولد ويجوز أن يفرق بينهما فيقام الاكثر مقام الكل فى انقطاع الرجعة احتياطا ولا يقام فى انقضاء العدة حتى لا تحل للازواج احتياطا أيضا ثم انقضاء عدة الحمل بوضع الحمل اذا كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة بلا خلاف لعموم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وكذلك اذا كانت متوفى عنها زوجها عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وروى عن عمر وعبد الله بن مسعود وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمر وأبى هريرة رضى الله عنهم أنهم قالوا عدتها بوضع مافى بطنها وان كان زوجها على السرير وقال على رضى الله عنه وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضى الله عنهما ان الحامل اذا توفى عنها زوجها فعدتها أبعد الاجلين وضع الحمل أو مضى أربعة أشهر وعشر أيهما كان أخيرا تنقضى به العدة (وجه) هذا القول ان الاعتداد بوضع الحمل انما ذكر

فى الطلاق لا فى الوفاة بقوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن لانه معطوف على قوله عز وجل واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن وذلك بناء على قوله تعالى يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فكان المراد من قوله واللائى لم يحضن المطلقات ولان فى الاعتداد بابعد الاجلين جمعا بين الآيتين بالقدر الممكن لان فيه عملا بآية عدة الحبل ان كان أجل تلك العدة أبعد وعملا بآية عدة الوفاة ان كان أجلها أبعد فكان عملا بهما جميعا بقدر الامكان وفيما قلتم عمل باحداهما وترك العمل بالاخرى أصلا فكان ما قلناه أولى ولعامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها وقوله هذا بناء على قوله واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ممنوع بل هو ابتداء خطاب وفى الآية الكريمة ما يدل عليه فانه قال ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر ومعلوم أنه لا يقع الارتياب فيمن يحتمل القرء وذلك لان الاشهر فى الآيسات انما أقيمت مقام الاقراء فى ذوات الحيض واذا كانت الحامل ممن تحيض لم يجز أن يقع لهم شك فى عدتها ليسألوا عن عدتها واذا كان كذلك ثبت أنه خطاب مبتدأ واذا كان خطابا مبتدأ تناول العدد كلها وقوله الاعتداد بأبعد الاجلين عمل بالآيتين بقدر الامكان فيقال انما يعمل بهما اذا لم يثبت نسخ احداهما بالتقدم والتأخر أو لم يكن احداهما أولى بالعمل بها وقد قيل ان آية وضع الحمل آخرهما نزولا بما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أنه قال من شاء باهلته أن قوله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن نزل بعد قوله أربعة أشهر وعشرا فاما نسخ الاشهر بوضع الحمل اذا كان بين نزول الآيتين زمان يصلح للنسخ فينسخ الخاص المتقدم بالعام المتأخر كما هو مذهب مشايخنا بالعراق ولا يبنى العام على الخاص أو يعمل بالنص العام بعمومه ويتوقف فى حق الاعتقاد فى التخريج على التناسخ كما هو مذهب مشايخنا بسمرقند ولا يبنى العام على الخاص على ما عرف فى أصول الفقه وروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قلت يا رسول الله حين نزول قوله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن أنها فى المطلقة أم فى المتوفى عنها زوجها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما جميعا وقد روت أم سلمة رضى الله عنها أن سبيعة بنت الحارث الاسلمية وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروى أيضا عن أبى السنابل بن بعكل أن سبيعة بنت الحارث الاسلمية وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بان تتزوج وروى أنها لما مات عنها زوجها وضعت حملها وسألت أبا السنابل بن بعكل هل يجوز لها أن تتزوج فقال لها حتى يبلغ الكتاب أجله فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كذب أبو السنابل ابتغى الازواج وهذا حديث صحيح وقد روى من طرق صحيحة لا مساغ لاحد فى العدول عنها ولان المقصود من العدة من ذوات الاقراء العلم ببراءة الرحم ووضع الحمل فى الدلالة على البراءة فوق مضى المدة فكان انقضاء العدة به أولى من الانقضاء بالمدة وسواء كانت المرأة حرة أو مملوكة قنة أو مدبرة أو مكاتبة أو أم ولد أو مستسعاة مسلمة أو كتابية لعموم النص وقال أبو يوسف كذلك الا فى امرأة الصغير فى عدة الوفاة بان مات الصغير عن امرأته وهى حامل فان عدتها أربعة أشهر وعشر عند أبى يوسف وعند أبى حنيفة ومحمد عدتها أن تضع حملها وجه قوله أن هذا الحمل ليس منه بيقين بدليل أنه لا يثبت نسبه منه فكان من الزنا فلا تنقضى به العدة كالحمل من الزنا وكالحمل الحادث بعد موته ولهما عموم قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وقوله الحمل من الزنا لا تنقضى به العدة وهذا حمل من الزنا فيكون مخصوصا من العموم فنقول الحمل من الزنا قد تنقضى به العدة على قياس قولهما ألا ترى أنه اذا تزوج امرأة حاملا من الزنا جاز نكاحها عندهما ولو تزوجها ثم طلقها فوضعت حملها تنقضى عدتها عندهما بوضع الحمل وان كان الحمل من الزنا ولان وجوب العدة للعلم بحصول فراغ الرحم والولادة دليل فراغ الرحم بيقين والشهر لا يدل على الفراغ بيقين فكان ايجاب ما دل على الفراغ بيقين أولى ولا أثر للنسب فى هذا الباب وانما الاثر لما ينافى الجملة فان مات وهى حائل ثم حملت بعد موته قبل انقضاء العدة فعدتها بالشهور أربعة أشهر

وعشر بالاجماع لعموم قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ولان الحمل اذا لم يكن موجودا وقت الموت وجبت العدة بالاشهر فلا تتغير بالحمل الحادث واذا كان موجودا وقت الموت وجبت عدة الحبل فكان انقضاؤها بوضع الحمل ولا يثبت نسب الولد فى الوجهين جميعا لان الولد لا يحصل عادة الا من الماء والصبى لا ماء له حقيقة ويستحيل وجوده عادة فيستحيل تقديره وقال أبو يوسف ومحمد فى زوجة الكبير تأتى بولد بعد موته لاكثر من سنتين وقد تزوجت بعد مضى أربعة أشهر وعشر أن النكاح جائز لان إقدامها على النكاح فى هذه الحالة اقرار منها بانقضاء العدة لتحرز المسلمة عن النكاح فى العدة ولم يرد على اقرارها ما يبطله ألا ترى أنها لو جاءت بعد التزويج بولد لستة أشهر فصاعدا كان النكاح جائزا لما بينا فههنا أولى واذا كانت المعتدة حاملا فولدت ولدين انقضت عدتها بالاخير منهما عند عامة العلماء وقال الحسن البصرى اذا وضعت أحد الولدين انقضت عدتها واحتج بقوله سبحانه وتعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن ولم يقل احمالهن فاذا وضعت احداهما فقد وضعت حملها الا أن ما قاله لا يستقيم لوجهين أحدهما أنه قرئ فى بعض الروايات أن يضعن أحمالهن والثانى أنه علق انقضاء العدة بوضع الحمل لا بالولادة حيث قال سبحانه وتعالى يضعن حملهن ولم يقل يلدن والحمل اسم لجميع ما فى بطنها ووضع أحد الولدين وضع بعض حملها لا وضع حملها فلا تنقضى به العدة ولان وضع الحمل انما تنقضى به العدة لبراءة الرحم بوضعه وما دام فى بطنها ولد لا تحصل البراءة به فلا تنقضى العدة

﴿فصل﴾ (وأما) بيان ما يعرف به انقضاء العدة فما يعرف به انقضاء العدة نوعان قول وفعل (أما) القول فهو اخبار المعتدة بانقضاء العدة فى مدة يحتمل الانقضاء فى مثلها فلا بد من بيان أقل المدة التى تصدق فيها المعتدة فى اقرارها بانقضاء عدتها وجملة الكلام فيه أن المعتدة ان كانت من ذوات الاشهر فانها لا تصدق فى أقل من ثلاثة أشهر فى عدة الطلاق ان كانت حرة ومن شهر ونصف ان كانت أمة وفى عدة الوفاة لا تصدق فى أقل من أربعة أشهر وعشر ان كانت حرة ومن شهرين وخمسة أيام ان كانت أمة ولا خلاف فى هذه الجملة وان كانت من ذوات الاقراء فان كانت معتدة من وفاة فكذلك لا تصدق فى أقل مما ذكرنا فى الحرة والامة وان كانت معتدة من طلاق فان أخبرت بانقضاء عدتها فى مدة تنقضى فى مثلها العدة يقبل قولها وان أخبرت فى مدة لا تنقضى فى مثلها العدة لا يقبل قولها الا اذا فسرت ذلك بان قالت أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعضه فيقبل قولها وانما كان كذلك لانها أمينة فى اخبارها عن انقضاء عدتها فان الله تعالى ائتمنها فى ذلك بقوله عز وجل ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن قيل فى التفسير أنه الحيض والحبل والقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا قال رددت الوديعة أو هلكت فاذا أخبرت بالانقضاء فى مدة تنقضى فى مثلها يقبل قولها ولا يقبل اذا كانت المدة مما لا تنقضى فى مثلها العدة لان قول الامين انما يقبل فيما لا يكذبه الظاهر والظاهر ههنا يكذبها فلا يقبل قولها الا اذا فسرت فقالت أسقطت سقطا مستبين الخلق أو بعض الخلق مع يمينها فيقبل قولها مع هذا التفسير لان الظاهر لا يكذبها مع التفسير ثم اختلف فى أقل ما تصدق فيه المعتدة بالاقراء قال أبو حنيفة أقل ما تصدق فيه الحرة ستون يوما وقال أبو يوسف ومحمد تسعة وثلاثون يوما واختلف الرواية فى تخريج قول أبى حنيفة فتخريجه فى رواية محمد أنه يبدأ بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام فتلك ستون يوما وتخريجه على رواية الحسن أنه يبدأ بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة أيام فذلك ستون يوما فاختلف التخريج مع اتفاق الحكم وتخريج قول أبى يوسف ومحمد أنه يبدأ بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة أيام فذلك تسعة وثلاثون يوما وجه قولهما أن المرأة أمينة فى هذا الباب والامين يصدق ما أمكن وأمكن تصديقها ههنا بان يحكم بالطلاق فى آخر الطهر فيبدأ بالعدة من الحيض فيعتبر أقله وذلك ثلاثة ثم أقل الطهر وهو خمسة عشر يوما ثم أقل الحيض ثم أقل الطهر ثم أقل الحيض

فتكون الجملة تسعة وثلاثين يوما وجه قول أبي حنيفة على تخريج محمد أن المرأة وان كانت أمينة في الاقراء بانقضاء العدة لكن الامين انما يصدق فيما لا يخالفه الظاهر فاما فيما يخالفه الظاهر فلا يقبل قوله كالوصى اذا قال أنفقت على اليتيم في يوم واحد ألف دينار وما قلناه خلاف الظاهر لان الظاهر أن من أراد الطلاق فانما يوقعه في أول الطهر وكذا حيض ثلاثة أيام نادر وحيض عشرة نادر أيضا فيؤخذ بالوسط وهو خمسة واعتبار هذا التخريج يوجب ان أقل ما تصدق فيه ستون يوما وأما الوجه على تخريج رواية الحسن فهو أن يحكم بالطلاق في آخر الطهر لان الايقاع في أول الطهر وان كان سنة لكن الظاهر هو الايقاع في آخر الطهر لانه يجرب نفسه في أول الطهر هل يمكنه الصبر عنها ثم يطلق فكان الظاهر هو الايقاع في آخر الطهر لانه يعتبر مدة الحيض عشرة أيام وان كانت أكثر المدة لانا قد اعتبرنا في الطهر أقله فلو نقصنا من العشرة في الحيض للزم النقص في العدة فيفوت حق الزوج من كل وجه فيحكم بأكثر الحيض وأقل الطهر رعاية للحقين واعتبار هذا التخريج أيضا يوجب ما ذكرنا وهو أن يكون أقل ما تصدق فيه ستون وأما الامة فعند أبي حنيفة أقل ما تصدق فيه على رواية محمد عنه أربعون يوما وهو أن يقدر كانه طلقها في أول الطهر فيبدأ بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض خمسة أيام فذلك أربعون يوما وأما على رواية الحسن فاقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما لانه يجعل كان الطلاق وقع في آخر الطهر فيبدأ بالحيض عشرة ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض عشرة فذلك خمسة وثلاثون يوما فاختلف حكم روايتيهما في الامة واتفق في الحرة وأما على قول أبي يوسف ومحمد فاقل ما تصدق فيه احدى وعشرون يوما لانهما يقدران الطلاق في آخر الطهر ويبدآن بالحيض ثلاثة أيام ثم بالطهر خمسة عشر يوما ثم بالحيض ثلاثة فذلك أحد وعشرون يوما والله الموفق وأما المعتدة اذا كانت نفساء بان ولدت امرأته وطلقها عقيب الولادة ثم قالت انقضت عدتي قال أبو حنيفة في رواية محمد عنه لا تصدق الحرة في أقل من خمسة وثمانين يوما لانه يثبت النفاس خمسة وعشرين لانه لو ثبت أقل من ذلك لاحتاج الى أن يثبت بعده خمسة عشر يوما طهرا ثم يحكم بالدم فيبطل الطهر لان من أصله أن الدمين في الاربعين لا يفصل بينهما طهر وان كثر حتى لو رأت في أول النفاس ساعة دما وفي آخرها ساعة كان الكل نفاسا عنده فجعل النفاس خمسة وعشرين يوما حتى يثبت بعده طهر خمسة عشر فيقع الدم بعد الاربعين فاذا كان كذلك كان بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وثمانون وأما على رواية الحسن عنه فلا تصدق في أقل من مائة يوم لانه يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك مائة وقال أبو يوسف لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت أحد عشر يوما نفاسا لان العادة ان أقل النفاس يزيد على أكثر الحيض ثم يثبت خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك خمسة وستون يوما وقال محمد لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين وساعة لان أقل النفاس ما وجد من الدم فيحكم بنفاس ساعة وبعده خمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر يوما طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك أربعة وخمسون وساعة وان كانت أمة فعلى رواية محمد عن أبي حنيفة لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لانه يثبت بعد الاربعين خمسة حيضا وخمسة عشر طهرا وخمسة حيضا فذلك خمسة وستون وعلى رواية الحسن عنه لا تصدق في أقل من خمسة وسبعين لانه يثبت بعد الاربعين عشرة حيضا وخمسة عشر طهرا وعشرة حيضا فذلك خمسة وسبعون وقال أبو يوسف لا تصدق في أقل من سبعة وأربعين لانه يثبت أحد عشر يوما نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك سبعة وأربعون يوما وقال محمد لا تصدق في أقل من ستة وثلاثين يوما وساعة لانه يثبت ساعة نفاسا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا وخمسة عشر طهرا وثلاثة حيضا فذلك ستة وثلاثون يوما وساعة واما الفعل فنحو أن تزوج بزوج آخر بعد ما مضت مدة تنقضي في مثلها العدة حتى لو قالت لم تنقض عدتي لم تصدق لا في حق الزوج

الاول ولا فى حق الزوج الثانى ونكاح الزوج الثانى جائز لان اقدامها على التزوج بعد مضى مدة يحتمل الانقضاء فى مثلها دليل الانقضاء والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان انتقال العدة وتغيرها اما انتقال العدة فضربان أحدهما انتقالها من الاشهر الى الاقراء والثانى انتقالها من الاقراء الى الاشهر أما الاول فنحو الصغيرة اعتدت ببعض الاشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها من الاشهر الى الاقراء لان الشهر فى حق الصغيرة بدل عن الاقراء وقد ثبتت القدرة على المبدل والقدرة على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل يبطل حكم البدل كالقدرة على الوضوء فى حق المتيمم ونحو ذلك فيبطل حكم الاشهر فانتقلت عدتها الى الحيض وكذا الآيسة اذا اعتدت ببعض الاشهر ثم رأت الدم تنتقل عدتها الى الحيض كذا ذكر الكرخى وذكر القدورى ان ما ذكره أبو الحسن ظاهر الرواية التى لم يقدروا للاياس تقديرا بل هو غالب على ظنها انها آيسة لانها لما رأت الدم دل على انها لم تكن آيسة وانها أخطأت فى الظن فلا يعتد بالاشهر فى حقها لما ذكرنا انها بدل فلا يعتبر مع وجود الاصل وأما على الرواية التى وقتوا للاياس وقتا اذا بلغت ذلك الوقت ثم رأت بعده الدم لم يكن ذلك الدم حيضا كالدم الذى تراه الصغيرة التى لا يحيض مثلها وكذا ذكره الجصاص ان ذلك فى التى ظنت انها آيسة فاما الآيسة فما ترى من الدم لا يكون حيضا ألا ترى ان وجود الحيض منها كان معجزة نبى من الانبياء عليهم الصلاة والسلام فلا يجوز أن يؤخذ الا على وجه المعجزة كذا علل الجصاص وأما الثانى وهو انتقال العدة من الاقراء الى الاشهر فنحو ذات القرء اعتدت بحيضة أو حيضتين ثم أيست تنتقل عدتها من الحيض الى الاشهر فتستقبل العدة بالاشهر لانها لما أيست فقد صارت عدتها بالاشهر لقوله عز وجل واللائى يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر والاشهر بدل عن الحيض فلو لم تستقبل وثبتت على الاول لصار الشئ الواحد أصلا وبدلا وهذا لا يجوز فان قيل أليس ان من شرع فى الصلاة بالوضوء ثم سبقه الحدث فلم يجد ماء انه يتيمم ويبنى على صلاته وهذا جمع بين البدل والمبدل فى صلاة واحدة فهلا جاز ذلك فى العدة فالجواب ان الممتنع كون الشئ الواحد بدلا وأصلا وههنا كذلك لان العدة شئ واحد وفصل الصلاة ليس من هذا القبيل لان ذلك جمع بين البدل والمبدل فى شئ واحد وذلك غير ممتنع فان الانسان قد يصلى بعض صلاته قائما بركوع وسجود وبعضها بالايماء ويكون جمعا بين البدل والمبدل فى صلاة واحدة ومن هذا القبيل اذا طلق امرأته ثم مات فان كان الطلاق رجعيا انتقلت عدتها الى عدة الوفاة سواء طلقها فى حالة المرض أو الصحة وانهدمت عدة الطلاق وعليها ان تستأنف عدة الوفاة فى قولهم جميعا لانها زوجته بعد الطلاق اذ الطلاق الرجعى لا يوجب زوال الزوجية وموت الزوج يوجب على زوجته عدة الوفاة لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشرا كما لو مات قبل الطلاق وان كان بائنا أو ثلاثا فان لم ترث بان طلقها فى حالة الصحة لا تنتقل عدتها لان الله تعالى أوجب عدة الوفاة على الزوجات بقوله عز وجل والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن وقد زالت الزوجية بالابانة والثلاث فتعذر ايجاب عدة الوفاة فبقيت عدة الطلاق على حالها وان ورثت بان طلقها فى حالة المرض ثم مات قبل أن تنقضى العدة فورثت اعتدت بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض حتى انها لو لم ترفى مدة الاربعة أشهر والعشر ثلاث حيض تستكمل بعد ذلك وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وكذلك كل معتدة ورثت كذا ذكر الكرخى وعنى بذلك امرأة المرتد بان ارتد زوجها بعد ما دخل بها ووجبت عليها العدة ثم مات أو قتل وورثته وذكر القدورى فى امرأة المرتد روايتين عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف ليس عليها الا ثلاث حيض وجه قوله ما ذكرنا ان الشرع انما أوجب عدة الوفاة على الزوجات وقد بطلت الزوجية بالطلاق البائن الا انا بقيناها فى حق الارث خاصة لتهمة الفرار فمن ادعى بقاءها فى حق وجوب عدة الوفاة فعليه الدليل وجه قولهما ان النكاح لما بقى فى حق الارث فلان يبقى فى حق وجوب العدة أولى لان العدة يحتاط فى ايجابها فكان قيام النكاح من وجه كافيا لوجوب العدة احتياطا فيجب عليها الاعتداد

أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ولو حملت المعتدة فى عدتها ذكر الكرخى ان من حملت فى عدتها فالعدة أن تضع حملها ولم يفصل بين المعتدة عن طلاق أو وفاة وقد فصل محمد بينهما فانه قال فيمن مات عن امرأته وهو صغير أو كبير ثم حملت بعد موته فعدتها الشهور فهذا نص على ان عدة المتوفى عنها زوجها لا تنتقل بوجود الحمل من الاشهر الى وضع الحمل قال وان كانت فى عدة الطلاق فحبلت بعد الطلاق وعلم بذلك فعدتها أن تضع حملها وجه ماذكره الكرخى ان وضع الحمل أصل العدد لان العدة وضعت لاستبراء الرحم ولا شىء أدل على براءة الرحم من وضع الحمل فيجب أن يسقط معه ماسواه كما تسقط الشهور مع الحيض والصحيح ماذكره محمد ان عدة المتوفى عنها زوجها لا تتغير بوجود الحمل بعد الوفاة ولا تنتقل من الاشهر الى وضع الحمل بخلاف عدة الطلاق وجه الفرق بين العدتين ان عدة الوفاة انما وجبت لا لاستبراء الرحم بدليل انها تتأدى بالاشهر مع وجود الحيض وكذا تجب قبل الدخول وانما وجبت لاظهار التأسف على فوت نعمة النكاح وكان الاصل فى هذه العدة هو الاشهر الا اذا كانت حاملا وقت الوفاة فيتعلق بوضع الحمل فاذا كانت حاملا بقيت على حكم الاصل فلا تتغير بوجود الحمل فلا تنتقل بخلاف عدة الطلاق فان المقصود منها الاستبراء ووضع الحمل أصل فى الاستبراء فاذا قدرت عليه سقط ماسواه أو يحمل ماذكره الكرخى على الخصوص وهى التى حبلت فى عدة الطلاق وذكر العام على ارادة الخاص متعارف وقال محمد فى عدة الطلاق انها اذا حبلت فان لم يعلم انها حبلت بعد الطلاق ثم جاءت بولد لاكثر من سنتين فقد حكمنا بانقضاء عدتها بعد الوضع لستة أشهر حملا لامرها على الصلاح اذ الظاهر من حال المسلمة ان لا تتزوج فى عدتها فيحكم بانقضاء عدتها قبل التزوج والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما تغيير العدة فنحو الامة اذا طلقت ثم أعتقت فان كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة الحرائر لان الطلاق الرجعى لا يزيل الزوجية فهذه حرة وجبت عليها العدة وهى زوجته فتعتد عدة الحرائر كما اذا عتقها المولى ثم طلقها الزوج وان كانت بائنا لا تتغير عندنا وعند الشافعى تتغير فيهما جميعا وجه قوله أن الاصل فى العدة هو الكمال وانما النقصان بعارض الرق فاذا أعتقت فقد زال العارض وأمكن تكميلها فتكمل ولنا ان الطلاق أوجب عليها عدة الاماء لانه صادفها وهى أمة والاعتاق وجد وهى مبانة فلا يتغير الواجب بعد البينونة كعدة الوفاة بخلاف الطلاق الرجعى لانه لا يوجب زوال الملك فوجد الاعتاق وهى زوجته فوجبت عليها العدة وهى حرة فتعتد عدة الحرائر وهذا بخلاف الايلاء بان كانت الزوجة مملوكة وقت الايلاء ثم أعتقت انه تنقلب عدتها الى عدة الحرائر وان كان الايلاء طلاقا بائنا وقد سوى بينه وبين الرجعى فى هذا الحكم وانما كان كذلك لان البينونة فى الايلاء لا تثبت للحال وانما تثبت بعد انقضاء المدة فكانت الزوجية قائمة للحال فاشبه الطلاق الرجعى بان طلقها الزوج رجعيا ثم أعتقها المولى وهناك تنقلب عدتها عدة الحرائر فكذا ههنا بخلاف الطلاق البائن فانه يوجب زوال الملك للحال وقد وجبت عدة الاماء بالطلاق فلا تتغير بعد البينونة بالعتق والله الموفق وأما المطلقة الرجعية اذا راجعها الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها قال أصحابنا عليها عدة مستأنفة وقال الشافعى فى أحد قوليه انها تكمل العدة وجه قوله انها تعتد عن الطلاق الاول لا عن الثانى لان الثانى طلاق قبل الدخول فلا يوجب العدة ولنا ان الطلاق الثانى طلاق بعد الدخول لان الرجعة ليست انشاء النكاح بل هى فسخ الطلاق ومنعه عن العمل بثبوت البينونة بانقضاء العدة فكانت مطلقة بالطلاق الثانى بعد الدخول فتدخل تحت قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولو زوج أم ولده ثم مات عنها وهى تحت زوج أو فى عدة من زوج فلا عدة عليها بموت المولى لان العدة انما تجب عليها بموت المولى لزوال الفراش فاذا كانت تحت زوج أو فى عدة من زوج لم تكن فراشا له لقيام فراش الزوج فلا تجب عليها العدة فان أعتقها المولى ثم طلقها الزوج فعليها عدة الحرائر لان اعتاق المولى صادفها وهى فراش الزوج فلا يوجب عليها العدة وطلاق الزوج صادفها وهى حرة فعليها عدة الحرائر ولو طلقها الزوج أولا ثم أعتقها المولى فان

كان الطلاق رجعيا تتغير عدتها الى عدة الحرائر وان كان بائنا لا تتغير لما ذكرنا فيما تقدم فان انقضت عدتها ثم مات المولى فعليها بموت المولى ثلاث حيض لانها لما انقضت عدتها من الزوج فقد عاد فراش المولى ثم زال بالموت فتجب العدة لزوال الفراش كما اذا مات قبل أن يزوجها فان مات المولى والزوج فالامر لا يخلو اما ان علم أيهما مات أولا واما ان لا يعلم وكل ذلك لا يخلو اما ان علم كم بين موتيهما واما ان لم يعلم فان علم ان الزوج مات أولا وعلم ان بين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فعليها شهران وخمسة أيام مدة عدة الامة فى وفاة الزوج فاذا مات المولى فعليها ثلاث حيض لانه مات بعد انقضاء عدتها من الوفاة فعليها العدة من المولى وذلك ثلاث حيض وان كان بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فكذلك عليها شهران وخمسة أيام مدة عدة وفاة الزوج فاذا مات المولى لا شىء عليها بموته لانه مات وهى فى عدة الزوج وان علم ان المولى مات أولا فلا عدة عليها من المولى لانها تحت زوج فلم تكن فراشا للمولى فاذا مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر عدة الوفاة من الزوج لانها أعتقت بموت المولى وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر وان لم يعلم أيهما مات أولا فان علم ان بين موتيهما أكثر من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض وتفسيره انها اذا لم تر ثلاث حيض فى هذه الاربعة الاشهر والعشر تستكمل بعد ذلك لانه ان مات الزوج أولا فقد وجب عليها شهران وخمسة أيام لانها أمة وعدة الامة من زوجها المتوفى هذا القدر ثم مات المولى بعد انقضاء عدتها فوجب عليها ثلاث حيض عدة المولى وان مات المولى أولا فقد عتقت بموته ولا عدة عليها منه لانها ليست فراشا له وعدة أم الولد من مولاها تجب بزوال الفراش فلما مات الزوج بعد موت المولى فقد مات الزوج وهى حرة فوجب عليها عدة الحرائر فى الوفاة وهى أربعة أشهر وعشر فاذا فى حال يجب عليها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض وفى حال يجب أربعة أشهر وعشر والشهران يدخلان فى الشهور فيجب عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض على التفسير الذى ذكرنا احتياطا وان علم انه بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أربعة أشهر وعشر فى قولهم جميعا لانه لا حال ههنا لوجوب الحيض لانه ان مات المولى أولا لم يجب بموته شىء لانها تحت زوج فاذا مات وجب عليها أربعة أشهر وعشر لانها عتقت بموت المولى وعدة الحرة فى الوفاة أربعة أشهر وعشر وان مات الزوج أولا وجب عليها شهران وخمسة أيام لانها أمة فاذا مات المولى بعده لا يجب عليها شىء بموته لانه مات وهى فى عدة الزوج فلم تكن فراشا له فاذا فى حال يجب عليها أربعة أشهر وعشر فقط وفى حال شهران وخمسة أيام فقط فوجبنا الاعتداد بأكثر المدتين احتياطا فاذا لم يعلم أيهما مات أولا ولم يعلم أيضا كم بين موتيهما فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة عليها أربعة أشهر وعشر لا حيض فيها وقال أبو يوسف ومحمد عليهما وقال أبو يوسف ومحمد عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض وجه قولهما انه يحتمل ان الزوج مات أولا وانقضت العدة ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث حيض ويحتمل ان يكون المولى مات أولا فعتقت بموته ثم مات الزوج فيجب أربعة أشهر وعشر فيراعى فيه الاحتياط فيجمع بين الاربعة الاشهر والعشر والحيض ولابى حنيفة قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا وهذا تقدير لعدة الوفاة بأربعة أشهر وعشر فلا يجوز الزيادة عليه الا بدليل ولان الاصل فى كل أمرين حادثين لم يعلم تاريخ ما بينهما ان يحكم بوقوعهما معا كالغرقى والحرقى والهدمى واذا حكم بموت الزوج مع موت المولى فقد وجبت عليها العدة وهى حرة فكانت عدة الحرائر فلم يكن لايجاب الحيض حال فلا يمكن ايجابها والله عز وجل أعلم وعلى هذا الاصل قال أبو يوسف اذا تزوج أم الولد بغير اذن مولاها ودخل بها الزوج ثم مات الزوج والمولى ولا يعلم أيهما مات أولا ولا كم بين موتيها فعليها حيضتان فى قياس قول أبى حنيفة لانه يحكم بموتهما معا وفى قول أبى يوسف يجب عليها ثلاث حيض فى أربعة أشهر وعشر بناء على أصله فى اعتبار الاحتياط لانه يحتمل ان المولى مات أولا فنفذ النكاح لموته لانها عتقت فجاز نكاحها بعتقها ثم مات الزوج وهى حرة فوجب

عليها أربعة أشهر وعشر ويحتمل انه مات الزوج أولا وانقضت عدتها ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فعليها عدة
المولى ثلاث حيض فوجب عليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض احتياطا وان علم ان بين موتيهما مالا تحيض
فيه حيضتين فعليها أربعة أشهر وعشر فيها حيضتان لان عدة المولى قد سقطت سواء مات أولا أو آخرا اذا كان
بين موتيهما مالا تحيض فيه حيضتين ووقع التردد فى عدة الزوج لانه ان مات المولى أولا فعتقت نفذ نكاحها بعتقها
فوجب عليها عدة الحرائر بالوفاة وان مات الزوج أولا وجب عليها حيضتان فيجمع بينهما احتياطا ولو حاضت
حيضتين بين موتيهما فعليها أربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض لانه ان مات المولى أولا فعتقت فنفذ نكاحها فلما
مات الزوج وجب عليها عدة الشهور وان مات الزوج أولا ثم مات المولى بعد انقضاء العدة فيجب عليها ثلاث
حيض فيجمع بين الشهور والحيض احتياطا ولو اشترى الرجل زوجته وله منها ولد فاعتقها فعليها ثلاث حيض
حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب المنكوحة وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لانه لما اشتراها فقد فسد
نكاحها ووجبت عليها العدة فصارت معتدة فى حق غيره وان لم تكن معتدة فى حقه بدليل انه لا يجوز له أن يزوجها
فاذا أعتقها صارت معتدة فى حقه وفى حق غيره لان المانع من كونها معتدة فى حقه هو اباحة وطئها وقد زال ذلك
بزوال ملك اليمين فزال المانع فظهر حكم العدة فى حقه أيضا فيجب عليها حيضتان من فساد النكاح وهما معتبران
من الاعتاق أيضا وعدة النكاح يجب فيها الاحداد وأما الحيضة الثالثة فانما تجب من العتق خاصة وعدة العتق لا
احداد فيها فان كان طلقها قبل أن يشتريها تطليقة واحدة بائنة ثم اشتراها حل له وطؤها وكان لها أن تتزين لان ملك
اليمين سبب لحل الوطء فى الاصل لا للمانع وماؤه لا يصلح مانعا لوطئه فصار كما لو جدد النكاح فاذا حل له وطؤها
سقط عنها الاحداد فان حاضت ثلاث حيض قبل العتق ثم أعتقها فلا عدة عليها من النكاح وتعتد فى العتق ثلاث
حيض لانها وان لم تكن معتدة فى حقه بعد الشراء فهى معتدة فى حق غيره بدليل انه لا يجوز له أن يزوجها فاذا مضت
الحيض بعد وجوب العدة بوجه من الوجوه تعتد بها فاذا أعتقها وجب عليها بالعتق عدة أخرى وهى عدة أم الولد ثلاث
حيض واذا اشترى المكاتب زوجته ثم مات وترك وفاء فادت المكاتبة فسد النكاح قبل الموت بلا فصل ووجبت
عليها العدة من فساد النكاح حيضتان اذا كانت لم تلد منه وقد دخل بها أما فساد النكاح قبل موته بلا فصل فلان
المكاتب اذا مات وترك وفاء فادى يحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته واذا أعتق ملكها الآن فقسد نكاحها
وأما وجوب العدة عليها حيضتان فلانها بانت وهى أمة فان كانت ولدت فعليها تمام ثلاث حيض لانها أم ولد فيجب
عليها حيضتان بالنكاح والعتق وحيضة بالعتق خاصة فان لم يترك وفاء ولم تلد منه فعليها شهران وخمسة أيام دخل بها
أو لم يدخل بها اذا لم تكن ولدت منه لانه لما مات عاجزا لم يفسد نكاحها لانه مات عبدا فلم يتملكها فمات عن منكوحته
وهى زوجته أمة فيجب عليها شهران وخمسة أيام عدة الامة فى الوفاة ويستوى فيه الدخول وعدم الدخول لان العدة
عدة الوفاة فان كانت ولدت منه سعت وسعى ولدها على نجومه فان عجزا فعدتها شهران وخمسة أيام لما بينا فان أديا
عتقا وعتق المكاتب فان كان الاداء فى العدة فعليها ثلاث حيض مستأنفة من يوم عتقا يستكمل فيها شهرين وخمسة
أيام من يوم مات المكاتب لان الاصل ان المكاتب اذا ترك ولدا ولم يترك وفاء فاكتسب الولد وأدى يحكم بعتق
المكاتب فى الحال ويستند الى ما قبل الموت من طريق الحكم لانه اذا لم يترك وفاء فقد مات عاجزا فى الظاهر فلم يحكم
بعتقه قبل موته مع العجز وانما يحكم عند الاداء فيحكم بعتقه للحال ثم يستند فيعتق بعتقه ويجب عليها الحيض بعد
العتق بخلاف ما اذا ترك وفاء لانه اذا كان له مال فالدين وهو بدل الكتابة ينتقل من ذمته الى المال فيمنع ظهور العجز
فاذا أدى يحكم بسقوط الدين الكتابة عنه وسلامته للمولى فى آخر جزء من أجزاء حياته فيعتق فى ذلك الوقت
وعند زفر فى الفصلين جميعا يحكم بعتقه قبل الموت ويجعل الولد اذا أدى كالكسب اذا أدى عنه والمسئلة تعرف فى
موضع آخر فان أديا فعتقا بعد ما انقضت العدة بالشهرين وخمسة أيام فعليها ثلاث حيض مستقبلة لان عدة الوفاة لما

انقضت تجدد وجوب عدة أخرى بالعتق فكان عليها ان تعتد بها وذكر ابن سماعة فى نوادره عن محمد اذا اشترى المكاتب امرأته وولده منها ومات وترك وفاء من ديون له أو مال فعدتها ثلاث حيض فى شهرين وخمسة أيام لانى لا أعلم يؤدى المال فيحكم بعتقه أو يتوى فيحكم بعجزه فوجب الجمع بين العدتين ولو تزوج المكاتب بنت مولاه ثم مات المولى ومات المكاتب وترك وفاء فعليها أربعة أشهر وعشر دخل بها أو لم يدخل بها لان النكاح عندنا لا يفسد بموت المولى فاذا مات المكاتب عن منكوحته الحرة وجبت عليها عدة الحرائر وان لم يترك وفاء فعليها ثلاث حيض ان كان قد دخل بها وان لم يكن دخل بها فلا عدة عليها لانه مات عاجزا فملكته قبل موته وانفسخ النكاح ووجبت عليها العدة بالفرقة فى حال الحياة ان كان دخل بها والا فلا

﴿فصل﴾ وأما أحكام العدة فمنها انه لا يجوز للاجنبى نكاح المعتدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله قيل أى لا تعزموا على عقدة النكاح وقيل أى لا تعقدوا عقد النكاح حتى ينقضى ما كتب الله عليها من العدة ولان النكاح بعد الطلاق الرجعى قائم من كل وجه وبعد الثلاث والبائن قائم من وجه حال قيام العدة لقيام بعض الآثار والثابت من وجه كالثابت من كل وجه فى باب الحرمات احتياطا ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها لان النهى عن التزوج للاجانب لا للازواج لان عدة الطلاق انما لزمتها حقا للزوج لكونها باقية على حكم نكاحه من وجه فانما يظهر فى حق التحريم على الاجنبى لا على الزوج اذ لا يجوز أن يمنع حقه ومنها انه لا يجوز للاجنبى خطبة المعتدة صريحا سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها زوجها أما المطلقة طلاقا رجعيا فلانها زوجة المطلق لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يجوز خطبتها كما لا تجوز قبل الطلاق وأما المطلقة ثلاثا أو بائنا والمتوفى عنها زوجها فلان النكاح حال قيام العدة قائم من كل وجه لقيام بعض آثاره كالثابت من كل وجه فى باب الحرمة ولان التصريح بالخطبة حال قيام النكاح من وجه وقوف موقف التهمة ورتع حول الحمى وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم وقال صلى الله عليه وسلم من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فلا يجوز التصريح بالخطبة فى العدة أصلا وأما التعريض فلا يجوز أيضا فى عدة الطلاق ولا بأس به فى عدة الوفاة والفرق بينهما من وجهين أحدهما انه لا يجوز للمعتدة من طلاق الخروج من منزلها أصلا بالليل ولا بالنهار فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس والاظهار بذلك بالحضور الى بيت زوجها قبيح وأما المتوفى عنها زوجها فيباح لها الخروج نهارا فيمكن التعريض على وجه لا يقف عليه سواها والثانى أن تعريض المطلقة اكتساب عداوة وبغض فيما بينها وبين زوجها اذ العدة من حقه بدليل انه اذا لم يدخل بها لا تجب العدة ومعنى العداوة لا يتقدر بينها وبين الميت ولا بينها وبين ورثته أيضا لان العدة فى المتوفى عنها زوجها ليست لحق الزوج بدليل انها تجب قبل الدخول بها فلا يكون التعريض فى هذه العدة تسببا الى العداوة والبغض بينها وبين ورثة المتوفى فلم يكن بها بأس والاصل فى جواز التعريض فى عدة الوفاة قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء واختلف أهل التأويل فى التعريض انه ما هو قال بعضهم هو أن يقول لها انك لجميلة وانى فيك لراغب وانك لتعجبينى أو انى لا رجو أن نجتمع أو ما أجاوزك الى غيرك وانك لنافعة وهذا غير سديد ولا يحل لاحد أن يشافه امرأة أجنبية لا يحل له نكاحها للحال بمثل هذه الكلمات لان بعضها صريح فى الخطبة وبعضها صريح فى اظهار الرغبة فلا يجوز شئ من ذلك وانما المرخص هو التعريض وهو أن يرى من نفسه الرغبة فى نكاحها بدلالة فى الكلام من غير تصريح به اذ التعريض فى اللغة هو تضمين الكلام فى الدلالة على شئ من غير التصريح به بالقول على ما ذكر فى الخبر أن فاطمة بنت قيس لما استشارت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى معتدة فقال لها اذا انقضت عدتك فآذنينى فآذنته فى رجلين كانا خطباها فقال لها أما فلان فانه لا يرفع العصا عن عاتقه وأما فلان فانه صعلوك لا مال له فهل لك فى أسامة بن زيد فكان قوله صلى الله عليه وسلم آذنينى كناية خطاب الى ان أشار عليه الصلاة والسلام الى أسامة بن زيد

وصرح به وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال التعريض بالخطبة أن يقول لها أريد أن أتزوج امرأة من أمرها كذا وكذا يعرض لها بالقول والله عز وجل أعلم ومنها حرمة الخروج من البيت لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام فى هذا الحكم ان المعتدة لا يخلو اما أن تكون معتدة من نكاح صحيح واما أن تكون معتدة من نكاح فاسد ولا يخلو اما أن تكون حرة وأما تكون أمة بالغة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة مسلمة أو كتابية مطلقة أو متوفى عنها زوجها والحال حال الاختيار أو حال الاضطرار فان كانت معتدة من نكاح صحيح وهى حرة مطلقة بالغة عاقلة مسلمة والحال حال الاختيار فانها لا تخرج ليلا ولا نهارا سواء كان الطلاق ثلاثا أو بائنا أو رجعيا أما فى الطلاق الرجعى فلقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة قيل فى تأويل قوله عز وجل الا أن يأتين بفاحشة مبينة الا أن تزنى فتخرج لاقامة الحد عليها وقيل الفاحشة هى الخروج نفسه أى الا أن يخرجن فيكون خروجهن فاحشة نهى الله تعالى الازواج عن الاخراج والمعتدات عن الخروج وقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم والامر بالاسكان نهى عن الاخراج والخروج ولانها زوجته بعد الطلاق الرجعى لقيام ملك النكاح من كل وجه فلا يباح لها الخروج كما قبل الطلاق الا أن بعد الطلاق لا يباح لها الخروج وان أذن لها بالخروج بخلاف ما قبل الطلاق لان حرمة الخروج بعد الطلاق لمكان العدة وفى العدة حق الله تعالى فلا يملك ابطاله بخلاف ما قبل الطلاق لان الحرمة ثمة لحق الزوج خاصة فيملك ابطال حق نفسه بالاذن بالخروج ولان الزوج يحتاج الى تحصين مائه والمنع من الخروج طريق التحصين للماء لان الخروج يريب الزوج انه وطئها غيره فيشتبه النسب اذا حبلت وأما فى الطلاق الثلاث أو البائن فلعموم النهى ومساس الحاجة الى تحصين الماء على ما بينا وأما المتوفى عنها زوجها فلا تخرج ليلا ولا بأس بان تخرج نهارا فى حوائجها لانها تحتاج الى الخروج بالنهار لاكتساب ما تنفقه لانه لا نفقة لها من الزوج المتوفى بل نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج لتحصيل النفقة ولا تخرج بالليل لعدم الحاجة الى الخروج بالليل بخلاف المطلقة فان نفقتها على الزوج فلا تحتاج الى الخروج حتى لو اختلعت بنفقة عدتها بعض مشايخنا قالوا يباح لها الخروج بالنهار للاكتساب لانها بمعنى المتوفى عنها زوجها وبعضهم قالوا لا يباح لها الخروج لانها هى التى أبطلت النفقة باختيارها والنفقة حق لها فتقدر على ابطاله فاما لزوم البيت فحق عليها فلا تملك ابطاله واذا خرجت بالنهار فى حوائجها لا تبيت عن منزلها الذى تعتد فيه والاصل فيه ما روى أن فريعة أخت أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه لما قتل زوجها أتت النبى صلى الله عليه وسلم فاستأذنته فى الانتقال الى بنى خدرة فقال لها امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله وفى رواية لما استأذنت أذن لها ثم دعاها فقال أعيدى المسئلة فاعادت فقال لا حتى يبلغ الكتاب أجله أفادنا الحديث حكمين اباحة الخروج بالنهار وحرمة الانتقال حيث لم ينكر خروجها ومنعها صلى الله عليه وسلم من الانتقال فدل على جواز الخروج بالنهار من غير انتقال وروى علقمة أن نسوة من همدان نعى اليهن أزواجهن فسألن ابن مسعود رضى الله عنه فقلن انا نستوحش فأمرهن أن يجتمعن بالنهار فاذا كان بالليل فلترح كل امرأة الى بيتها وروى عن محمد أنه قال لا بأس أن تنام عن بيتها أقل من نصف الليل لان البيتوتة فى العرف عبارة عن السكون فى البيت أكثر الليل فما دونه لا يسمى بيتوتة فى العرف ومنزلها الذى تؤمر بالسكون فيه للاعتداد هو الموضع الذى كانت تسكنه قبل مفارقة زوجها وقبل موته سواء كان الزوج ساكنا فيه أو لم يكن لان الله تعالى أضاف البيت اليها بقوله عز وجل ولا تخرجوهن من بيوتهن والبيت المضاف اليها هو الذى تسكنه ولهذا قال أصحابنا انها اذا زارت أهلها فطلقها زوجها كان عليها أن تعود الى منزلها الذى كانت تسكن فيه فتعتد ثمة لان ذلك هو الموضع الذى يضاف اليها وان كانت هى فى غيره وهذا فى حالة الاختيار وأما فى حالة الضرورة فان اضطرت الى الخروج من بيتها بان خافت سقوط منزلها أو خافت على متاعها أو كان المنزل باجرة ولا تجد ما تؤديه فى أجرته فى عدة الوفاة فلا باس عند ذلك أن تنتقل وان كانت تقدر على الاجرة لا تنتقل وان كان المنزل لزوجها وقد مات عنها فلها أن تسكن فى نصيبها ان كان

نصيبها من ذلك ما تكتفى به فى السكنى وتستتر عن سائر الورثة ممن ليس بمحرم لها وان كان نصيبها لا يكفيها أو خافت على متاعها منهم فلا بأس أن تنتقل وانما كان كذلك لان السكنى وجبت بطريق العبادة حقا لله تعالى عليها والعبادات تسقط بالاعذار وقد روى انه لما قتل عمر رضى الله عنه نقل على رضى الله عنه أم كلثوم رضى الله عنها لانها كانت فى دار الاجارة وقد روى أن عائشة رضى الله عنها نقلت أختها أم كلثوم بنت أبى بكر رضى الله عنه لما قتل طلحة رضى الله عنه فدل ذلك على جواز الانتقال للعذر واذا كانت تقدر على أجرة البيت فى عدة الوفاة فلا عذر فلا تسقط عنها العبادة كالمتيمم اذا قدر على شراء الماء بان وجد ثمنه وجب عليه الشراء وان لم يقدر لا يجب لعذر العدم كذا ههنا واذا انتقلت لعذر يكون سكناها فى البيت الذى انتقلت اليه بمنزلة كونها فى المنزل الذى انتقلت منه فى حرمة الخروج عنه لان الانتقال من الاول اليه كان لعذر فصار المنزل الذى انتقلت اليه كانه منزلها من الاصل فلزمها المقام فيه حتى تنقضى العدة وكذا ليس للمعتدة من طلاق ثلاث أو بائن أن تخرج من منزلها الذى تعتد فيه الى سفر اذا كانت معتدة من نكاح صحيح وهى على الصفات التى ذكرناها ولا يجوز للزوج أن يسافر بها أيضا لقوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وقوله عز وجل هن كناية عن المعتدات ولان الزوجية قد زالت بالثلاث والبائن فلا يجوز له المسافرة بها وكذا المعتدة من طلاق رجعى ليس لها أن تخرج الى سفر سواء كان سفر حج فريضة أو غير ذلك لا مع زوجها ولا مع محرم غيره حتى تنقضى عدتها أو يراجعها لعموم قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن من غير فصل بين خروج وخروج ولما ذكرنا ان الزوجية قائمة لان ملك النكاح قائم فلا يباح لها الخروج لان العدة لما منعت أصل الخروج فلان تمنع من خروج مديد وهو الخروج الى السفر أولى وانما استوى فيه سفر الحج وغيره وان كان حج الاسلام فرضا لان المقام فى منزلها واجب لا يمكن تداركه بعد انقضاء العدة وسفر الحج واجب يمكن تداركه بعد انقضاء العدة لان جميع العمر وقته فكان تقديم واجب لا يمكن تداركه بعد الفوت جمعا بين الواجبين فكان أولى وليس لزوجها أن يسافر بها عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر له ذلك واختلف مشايخنا فى تخريج قول زفر قال بعضهم انما قال ذلك لانه قد ثبت من أصل أصحابنا ان الطلاق الرجعى عدم فى حق الحكم قبل انقضاء العدة فكان الحال قبل الرجعة وبعدها سواء وقال بعضهم انما قال ذلك لان المسافرة بها رجعة عنده دلالة ووجهه ان اخراج المعتدة من بيت العدة حرام فلو لم يكن من قصده الرجعة لم يسافر بها ظاهرا تحرزا عن الحرام فيجعل المسافرة بها رجعة دلالة حملا لامره على الصلاح صيانة له عن ارتكاب الحرام ولهذا جعلنا القبلة واللمس عن شهوة رجعة كذا هذا ولنا قوله تعالى ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة نهى الازواج عن الاخراج والنساء عن الخروج وبه تبين فساد التخريج الاول لان نص الكتاب العزيز يقتضى حرمة اخراج المعتدة وان كان ملك النكاح قائما فى الطلاق الرجعى فيترك القياس فى مقابلة النص واليه أشار أبو حنيفة فيما روى عنه انه قال لا يسافر بها ليس من قبل انه غير زوج وهو زوج وهو بمنزلة المحرم لكن الله تعالى قال ولا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وأما التخريج الثانى وهو قولهم ان مسافرة الزوج بها دلالة الرجعة فممنوع وما ذكروا أن الظاهر انه يريد الرجعة تحرزا عن الحرام فذلك فيما كان النهى فى التحريم ظاهرا فاما فيما كان خفيا فلا وحرمة اخراج المعتدة عن طلاق رجعى مع قيام ملك النكاح من كل وجه مما لا يخفى عن الفقهاء فضلا عن العوام فلا يثبت الامتناع عنه من طريق الدلالة مع ما ان الخلاف ثابت فيما اذا كان الزوج يقول انه لا يراجعها نصا ولا معتبر بالدلالة مع التصريح بخلافها واذا لم تكن المسافرة بها دلالة الرجعة فلو أخرجها لاخرجها مع قيام العدة وهذا حرام بالنص وقد قالوا فيمن خرجت محرمة فطلقها الزوج وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام انها ترجع وتصير بمنزلة المحصر لانها صارت ممنوعة من المضى فى حجها لمكان العدة فاما اذا راجعها الزوج فقد بطلت العدة وعادت الزوجية فجاز له السفر بها ويستوى الجواب فى حرمة الخروج والاخراج الى السفر وما دون ذلك لعموم النهى الا ان النهى

عن الخرج والاخراج الى مادون السفر أخف لخفة الخروج والاخراج فى نفسه واذا خرج مع امرأته مسافرا فطلقها فى بعض الطريق أومات عنها فان كان بينها وبين مصرها الذى خرجت منه اقل من ثلاثة ايام وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدا رجعت الى مصرها لانها لو مضت لاحتاجت الى انشاء سفر وهى معتدة ولو رجعت مااحتاجت الى ذلك فكان الرجوع أولى كما اذا طلقت فى المصر خارج بيتها انها تعود الى بيتها كذا هذا وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام فصاعدا وبينها وبين مقصدها أقل من ثلاثة أيام فانها تمضى لانه ليس فى المضى انشاء سفر وفى الرجوع انشاء سفر والمعتدة ممنوعة عن السفر وسواء كان الطلاق فى موضع لا يصلح للاقامة كالمفازة ونحوها أوفى موضع يصلح لها كالمصر ونحوها وان كان بينها وبين مصرها ثلاثة أيام وبينها وبين مقصدها ثلاثة أيام فصاعدا فان كان الطلاق فى المفازة أوفى موضع لا يصلح للاقامة بان خافت على نفسها أومتاعها فهى بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت لانه ليس أحدهما باولى من الآخر سواء كان معها محرم أولم يكن واذا عادت أومضت فبلغت أدنى المواضع فهى بالخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت الى التى تصلح للاقامة فى مضيها أو رجوعها أقامت فيه واعتدت ان لم تجد محرما بلا خلاف وان وجدت فكذلك عند أبى حنيفة لانه لو وجد الطلاق فيه ابتداء لكان لا يجوز لها ان تتجاوزه عنده وان وجدت محرما فكذا اذا وصلت اليه وان كان الطلاق فى المصر أوفى موضع يصلح للاقامة اختلف فيه قال أبو حنيفة تقيم فيه حتى تنقضى عدتها ولا تخرج بعد انقضاء عدتها الا مع محرم حجا كان أوغيره وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معها محرم مضت على سفرها (وجه) قولهما ان حرمة الخروج ليست لاجل العدة بل لمكان السفر بدليل انه يباح لها الخروج اذا لم يكن بين مقصدها ومنزلها مسيرة ثلاثة أيام ومعلوم ان الحرمة الثابتة للعدة لا تختلف بالسفر وغير السفر واذا كانت الحرمة لمكان السفر تسقط بوجود المحرم ولابى حنيفة ان العدة مانعة من الخروج والسفر فى الاصل الا ان الخروج الى مادون السفر ههنا سقط اعتباره لانه ليس بخروج مبتدا بل هو خروج مبنى على الخروج الاول فلا يكون له حكم نفسه بخلاف الخروج من بيت الزوج لانه خروج مبتدأ فاذا كان من الجانبين جميعا مسيرة سفر كانت منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم وماحرم لاجل العدة لا يسقط بوجود المحرم (وأما) المعتدة فى النكاح الفاسد فلها ان تخرج لان أحكام العدة مرتبة على أحكام النكاح بل هى أحكام النكاح السابق فى الحقيقة بقيت بعد الطلاق والوفاة والنكاح الفاسد لا يفيد المنع من الخروج فكذا العدة الا اذا منعها الزوج لتحصين مائه فله ذلك وأما الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبى حنيفة فيخرجن فى ذلك كله من الطلاق والوفاة أما الامة فلما ذكرنا ان حال العدة مبنية على حال النكاح ولا يلزمها المقام فى منزل زوجها فى حال النكاح كذا فى حال العدة ولان خدمتها حق المولى فلو منعناها من الخروج لابطلنا حق المولى فى الخدمة من غير رضاه وهذا لا يجوز الا اذا بوأها مولاها منزلا فحينئذ لا تخرج مادامت على ذلك لانه رضى بسقوط حق نفسه وان أراد المولى أن يخرجها فله ذلك لان الخدمة للمولى وانما كان أعارها للزوج وللمعير ان يسترد العارية ولما ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح مرتبة عليها ولو بوأها المولى فى حال النكاح كان للزوج أن يمنعها من الخروج حتى يبدو للمولى فكذا فى حال العدة وروى ابن سماعة عن محمد فى الامة اذا طلقها زوجها وكان المولى مستغنيا عن خدمتها فلها ان تخرج وان لم يأمرها الا انه قال اذا اجاز لها ان تخرج باذنه جاز لها ان تخرج بكل وجه ألا ترى ان حرمة الخروج لحق الله تعالى فلو لزمها لم يسقط باذنه وكذلك المدبرة لما قلنا وكذلك أم الولد اذا طلقها زوجها أومات عنها لانها أمة المولى وكذا اذا عتقت أومات عنها سيدها لها ان تخرج لان عدتها عدة وطء فكانت كالمنكوحة نكاحا فاسدا وأما المكاتبة فلان سعايتها حق المولى اذ بها يصل المولى الى حقه فلو منعناها من الخروج لتعذرت عليها السعاية والمعتق بعضها بمنزلة المكاتبة عند أبى حنيفة وعندهما حرة ولو أعتقت الامة فى العدة يلزمها فيما بقى من عدتها ما يلزم الحرة لان المانع من

الخروج قدزال وأما الصغيرة فلها أن تخرج من منزلها اذا كانت الفرقة لا رجعة فيها سواء أذن الزوج لها أو لم يأذن لان وجوب السكنى فى البيت على المعتدة لحق الله تعالى وحق الزوج وحق الله عز وجل لا يجب على الصبي وحق الزوج فى حفظ الولد ولا ولد منها وان كانت الفرقة رجعية فلا يجوز لها الخروج بغير اذن الزوج لانها زوجته وله أن يأذن لها بالخروج وكذا المجنونة لها أن تخرج من منزلها لانها غير مخاطبة كالصغيرة الا ان لزوجها ان يمنعها من الخروج لتحصين مائه بخلاف الصغيرة فان الزوج لا يملك منعها لان المنع فى حق المجنونة لصيانة الماء لاحتمال الحبل والصغيرة لا تحبل والمنع من الطلاق الرجعى لكونها زوجته وأما الكتابية فلها ان تخرج لان السكنى فى العدة حق الله تعالى من وجه فتكون عبادة من هذا الوجه والكفار لا يخاطبون بشرائع هى عبادات الا اذا منعها الزوج من الخروج لتحصين مائه لان الخروج حق فى العدة وهو صيانة مائه عن الاختلاط فان أسلمت الكتابية فى العدة لزمها فيما بقى من العدة ما يلزم المسلمة لان المانع من اللزوم هو الكفر وقد زال بالاسلام وكذا المجوسية اذا أسلم زوجها وأبت الاسلام حتى وقعت الفرقة ووجبت العدة فان كان الزوج قد دخل بها فلها أن تخرج لما قلنا الا اذا أراد الزوج منعها من الخروج لتحصين مائه فاذا طلب منها ذلك يلزمها لان حق الانسان يجب ابقاؤه عند طلبه ولو قبلت المسلمة ابن زوجها حتى وقعت الفرقة ووجبت العدة اذا كان بعد الدخول فليس لها أن تخرج من منزلها لان السكنى فى العدة فيها حق الله تعالى وهى مخاطبة بحقوق الله عز وجل وأما بعد انقضاء العدة فلها أن تخرج الى ما دون مسيرة سفر بلا محرم لانها تحتاج الى ذلك فلو شرط له المحرم لضاق الامر عليها وهذا لا يجوز ولا يجوز لها أن تخرج الى مسيرة سفر الا مع المحرم والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها وسواء كان المحرم من النسب أو الرضاع أو المصاهرة لان النص وان ورد فى ذى الرحم المحرم فالمقصود هو المحرمية وهو حرمة المناكحة بينهما على التأبيد وقد وجد فكان النص الوارد فى ذى الرحم المحرم واردا فى المحرم بلا رحم دلالة ومنها وجوب الاحداد على المعتدة والكلام فى هذا الحكم فى ثلاثة مواضع أحدها فى تفسير الاحداد والثانى فى بيان ان الاحداد واجب فى الجملة أولا والثالث فى بيان شرائط وجوبه أما الاول فالاحداد فى اللغة عبارة عن الامتناع من الزينة يقال أحدت على زوجها وحدت أى امتنعت من الزينة وهو ان تجتنب الطيب ولبس المطيب والمعصفر والمزعفر وتجتنب الدهن والكحل ولا تختضب ولا تمتشط ولا تلبس حليا ولا تتشوف أما الطيب فلما روت أم سلمة رضى الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة ان تختضب بالحناء وقال صلى الله عليه وسلم الحناء طيب فيدل على وجوب اجتناب الطيب ولان الطيب فوق الحناء فالنهى عن الحناء يكون نهيا عن الطيب دلالة كالنهى عن التأفيف نهى عن الضرب والقتل دلالة وكذا لبس الثوب المطيب والمصبوغ بالعصفر والزعفران له رائحة طيبة فكان كالطيب وأما الدهن فلما فيه من زينة الشعر وفى الكحل زينة العين ولهذا حرم على المحرم جميع ذلك وهذا فى حال الاختيار فاما فى حال الضرورة فلا بأس به بان اشتكت عينها فلا بأس بان تكتحل أو اشتكت رأسها فلا بأس ان تصب فيه الدهن أو لم يكن لها الا ثوب مصبوغ فلا بأس ان تلبسه لكن لا تقصد به الزينة لان مواضع الضرورة مستثناة وقال أبو يوسف لا بأس ان تلبس القصب والخز الاحمر وذكر فى الاصل وقال ولا تلبس قصبا ولا خزا تتزين به لان الخز والقصب قد يلبس للزينة وقد يلبس للحاجة والرفاء فاعتبر فيه القصد فان قصد به الزينة لم يجز وان لم يقصد به جاز وأما الثانى وهو بيان انه واجب أم لا فنقول لا خلاف بين الفقهاء ان المتوفى عنها زوجها يلزمها الاحداد وقال نفاة القياس لا احداد عليها وهم محجوجون بالاحاديث واجماع الصحابة رضى الله عنهم أما الاحاديث فمنها ما روى ان أم حبيبة رضى الله عنها لما بلغها موت أبيها أبى سفيان انتظرت ثلاثة أيام ثم دعت بطيب وقالت مالى الى الطيب من حاجة لكن سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا وروى

ان

ان امرأة مات زوجها فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه فى الانتقال فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان احداكن كانت تمكث فى شر احلاسها الى الحول ثم تخرج فتلقى البعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا فدل الحديث ان عدتهن من قبل نزول هذه الآية كانت حولا وانهن كن فى شر احلاسهن مدة الحول ثم انتسخ مازاد على هذه المدة وبقى الحكم فيما بقى على ما كان قبل النسخ وهو ان تمكث المعتدة هذه المدة فى شر احلاسها وهذا تفسير الحداد وأما الاجماع فانه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم منهم عبد الله بن عمر وعائشة وأم سلمة وغيرهم رضى الله عنهم مثل قولنا وهو قول السلف واختلف فى المطلقة ثلاثا أو بائنا قال أصحابنا يلزمها الحداد وقال الشافعى لا يلزمها الحداد وجه قوله ان الحداد فى المنصوص عليه انما وجب لحق الزوج تأسفا على مافاتها من حسن العشرة وادامة الصحبة الى وقت الموت وهذا المعنى لم يوجد فى المطلقة لان الزوج أوحشها بالفرقة وقطع الوصلة باختيار ولم يمت عنها فلا يلزمها التأسف ولنا ان الحداد انما وجب على المتوفى عنها زوجها لفوات النكاح الذى هو نعمة فى الدين خاصة فى حقها لما فيه من قضاء شهوتها وعفتها عن الحرام وصيانة نفسها عن الهلاك بدرور النفقة وقد انقطع ذلك كله بالموت فلزمها الاحداد اظهارا للمصيبة والحزن وقد وجد هذا المعنى فى المطلقة الثلاث والمبانة فيلزمها الاحداد وقوله الاحداد فى عدة الوفاة وجب لحق الزوج لا يستقيم لانه لو كان لحق الزوج لما زاد على ثلاثة أيام كما فى موت الاب وأما الثالث فى شرائط وجوبه فهى أن تكون المعتدة بالغة عاقلة مسلمة من نكاح صحيح سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة ثلاثا أو بائنا فلا يجب على الصغيرة والمجنونة الكبيرة والكتابية والمعتدة من نكاح فاسد والمطلقة طلاقا رجعيا وهذا عندنا وقال الشافعى يجب على الصغيرة والكتابية وجه قوله ان الحداد من أحكام العدة وقد لزمتها العدة فيلزمها حكمها ولنا ان الحداد عبادة بدنية فلا تجب على الصغيرة والكافرة كسائر العبادات البدنية من الصوم والصلاة وغيرهما بخلاف العدة فانها اسم لمضى زمان وذا لا يختلف بالاسلام والكفر والصغر والكبر على أن بعض أصحابنا قالوا لا تجب عليهما العدة وانما يجب علينا أن لا نتزوجهما ولا احداد على أم الولد اذا أعتقها مولاها أو مات عنها لانها تعتد من الوطء كالمنكوحة نكاحا فاسدا ولا احداد على المعتدة من نكاح فاسد فكذا عليها ولا احداد على المطلقة طلاقا رجعيا لانه يجب اظهارا للمصيبة على فوت نعمة النكاح والنكاح بعد الطلاق الرجعى غير فائت بل هو قائم من كل وجه فلا يجب الحداد بل يستحب لها أن تتزين لتحسن فى عين الزوج فيراجعها ولا احداد فى النكاح الفاسد لان النكاح الفاسد ليس بنعمة فى الدين لانه معصية ومن المحال ايجاب اظهار المصيبة على فوات المعصية بل الواجب اظهار السرور والفرح على فواتها وأما الحرية فليست بشرط لوجوب الاحداد فيجب على الامة والمدبرة وأم الولد اذا كان لها زوج فمات عنها أو طلقها والمكاتبة والمستسعاة لان ما وجب له الحداد لا يختلف بالرق والحرية فكانت الامة فيه كالحرة والله أعلم ومنها وجوب النفقة والسكنى وهو مؤنة السكنى لبعض المعتدات دون بعض وجملة الكلام ان المعتدة اما ان كانت عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق واما ان كانت عن وفاة ولا تخلو من أن تكون معتدة من نكاح صحيح أو فاسدا وما هو فى معنى النكاح الفاسد فان كانت معتدة من نكاح صحيح عن طلاق فان كان الطلاق رجعيا فلها النفقة والسكنى بلا خلاف لان ملك النكاح قائم فكان الحال بعد الطلاق كالحال قبله ولما نذكر من دلائل أخر وان كان الطلاق ثلاثا أو بائنا فلها النفقة والسكنى ان كانت حاملا بالاجماع لقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وان كانت حائلا فلها النفقة والسكنى عند أصحابنا وقال الشافعى لها السكنى ولا نفقة لها وقال ابن أبى ليلى لا نفقة لها ولا سكنى واحتجا بقوله تعالى وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن خص الحامل بالامر بالانفاق عليها فلو وجب الانفاق على غير الحامل لبطل التخصيص وروى عن فاطمة بنت قيس انها قالت طلقنى زوجى ثلاثا فلم يجعل لى النبى صلى الله عليه وسلم نفقة ولا سكنى ولان النفقة تجب بالملك وقد زال الملك بالثلاث والبائن الا أن الشافعى يقول عرفت وجوب السكنى فى الحامل بالنص بخلاف البائن ولنا قوله تعالى أسكنوهن من

حيث سكنتم من وجدكم وفى قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من
وجدكم ولا اختلاف بين القراءتين لكن احداهما تفسير الاخرى كقوله عز وجل والسارق والسارقة فاقطعوا
أيديهما وقراءة ابن مسعود رضى الله عنه أيمانهما وليس ذلك اختلاف القراءة بل قراءته تفسير القراءة الظاهرة كذا
هذا ولان الامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها اذا كانت محبوسة ممنوعة عن الخروج لا تقدر على اكتساب النفقة
فلو لم تكن نفقتها على الزوج ولا مال لها لهلكت أو ضاق الامر عليها وعسر وهذا لا يجوز وقوله تعالى لينفق ذو سعة
من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله من غير فصل بين ما قبل الطلاق وبعده فى العدة ولان النفقة انما
وجبت قبل الطلاق لكونها محبوسة عن الخروج والبروز لحق الزوج وقد بقى ذلك الاحتباس بعد الطلاق
فى حالة العدة وتأيد بانضمام حق الشرع اليه لان الحبس قبل الطلاق كان حقا للزوج على الخلوص وبعد الطلاق
تعلق به حق الشرع حتى لا يباح لها الخروج وان أذن الزوج لها بالخروج فلما وجبت به النفقة قبل التأكد فلان
تجب بعد التأكد أولى وأما الآية ففيها أمر بالانفاق على الحامل وانه لا ينفى وجوب الانفاق على غير الحامل ولا
يوجبه أيضا فيكون مسكوتا موقوفا على قيام الدليل وقد قام دليل الوجوب وهو ما ذكرنا وأما حديث فاطمة بنت
قيس فقد رده عمر رضى الله عنه فانه روى انها لما روت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا نفقة
قال عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا ولا سنة نبينا بقول امرأة لا ندرى أصدقت أم كذبت وفى بعض الروايات
قال لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا ونأخذ بقول امرأة لعلها نسيت أو شبه لها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لها السكنى والنفقة وقول عمر رضى الله عنه لا ندع كتاب ربنا يحتمل انه أراد به قوله عز وجل أسكنوهن من
حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم كما هو قراءة ابن مسعود رضى الله عنه ويكون هذا قراءة عمر أيضا ويحتمل
انه أراد قوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله مطلقا ويحتمل انه أراد بقوله
لا ندع كتاب ربنا نافى السكنى خاصة وهو قوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم كما هو القراءة الظاهرة
وأراد بقوله رضى الله عنه سنة نبينا ما روى عنه رضى الله عنه انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
لها النفقة والسكنى ويحتمل أن يكون عند عمر رضى الله عنه فى هذا تلاوة رفعت عينها وبقى حكمها فأراد بقوله لا ندع
كتاب ربنا تلك الآية كما روى عنه انه قال فى باب الزنا كنا نتلوا فى سورة الاحزاب الشيخ والشيخة اذا زنيا
فارجموهما نكالا من الله والله عزيز حكيم ثم رفعت التلاوة وبقى حكمها كذا ههنا وروى ان زوجها أسامة بن زيد
كان اذا سمعها تتحدث بذلك حصبها بكل شئ فى يده وروى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت لها لقد فتنت الناس
بهذا الحديث وأقل أحوال انكار الصحابة على راوى الحديث أن يوجب طعنا فيه ثم قد قيل فى تأويله انها كانت
تبذو على احمائها أى تفحش عليهم باللسان من قولهم بذوت على فلان أى فحشت عليه أى كانت تطيل لسانها عليهم
بالفحش فنقلها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لانها صارت كالناشزة
اذ كان سبب الخروج منها وهكذا نقول فيمن خرجت من بيت زوجها فى عدتها أو كان منها سبب أوجب
الخروج انها لا تستحق النفقة ما دامت فى بيت غير الزوج وقيل ان زوجها كان غائبا فلم يقض لها بالنفقة والسكنى
على الزوج لغيبته اذ لا يجوز القضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر فان قيل روى ان زوجها خرج
الى الشام وقد كان وكل أخاه فالجواب أنه انما وكله بطلاقها ولم يوكله بالخصومة وقولهما ان النفقة تجب لها بمقابلة الملك
ممنوع فان للملك ضمانا آخر وهو المهر على ما نذكر ان شاء الله تعالى وانما تجب بالاحتباس وقد بقى بعد الطلاق الثلاث
والبائن فتبقى النفقة وسواء كانت المعتدة عن طلاق كبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب
الفصل ولا نفقة ولا سكنى للامة المعتدة عن طلاق اذا لم يبوئها المولى بيتا لانه اذا لم يبوئها المولى بيتا لم يتحقق الحبس لم يثبت
للزوج ألا ترى ان لها أن تخرج فان كان المولى قد بوأها بيتا فلها السكنى والنفقة لثبوت حق الحبس للزوج وكذلك

المدبرة وأم الولد اذا طلقهما و بوأهما المولى بيتا أو لم يبوئهما لان كل واحدة منهما أمة وكذا المكاتبة والمستسعاة على أصل أبى حنيفة وان اعتقت أم الولد أومات عنها مولاها فلا نفقة لها ولا سكنى لانها غير محبوسة ألا ترى ان لها أن تخرج فلا تجب لها النفقة والسكنى كالمعتدة من نكاح فاسد لان عدتها كعدة المنكوحة نكاحا فاسدا هذا اذا كانت معتدة عن طلاق من نكاح صحيح فان كانت معتدة من نكاح فاسد فلا سكنى لها ولا نفقة لما ذكرنا ان حال العدة معتبرة بحال النكاح ولا سكنى ولا نفقة فى النكاح الفاسد فكذا فى العدة منه هذا اذا كانت معتدة عن طلاق فان كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق من نكاح صحيح فان كانت الفرقة من قبله فلها النفقة والسكنى كيفما كانت الفرقة وان كانت من قبلها فان كانت بسبب ليس بمعصية كالامة اذا أعتقت فاختارت نفسها وامرأة العنين اذا اختارت الفرقة فلها السكنى والنفقة وان كانت بسبب هو معصية كالمسلمة قبلت ابن زوجها بشهوة قالوا لا نفقة لها ولها السكنى لان السكنى فيها حق الله تعالى وهى مسلمة مخاطبة بحقوق الله تعالى وأما النفقة فتجب حقا لها على الخلوص فاذا وقعت الفرقة من قبلها بغير حق فقد أبطلت حق نفسها بخلاف المعتقة وامرأة العنين لان الفرقة وقعت من قبلهما بحق فلا تسقط النفقة هذا اذا كانت معتدة عن طلاق أو عن فرقة بغير طلاق فان كانت معتدة عن وفاة فلا سكنى لها ولا نفقة فى مال الزوج سواء كانت حائلا أو حاملا فان النفقة فى باب النكاح لا تجب بعقد النكاح دفعة واحدة كالمهر وانما تجب شيأ فشيأ على حسب مرور الزمان فاذا مات الزوج انتقل ملك أمواله الى الورثة فلا يجوز ان تجب النفقة والسكنى فى مال الورثة وسواء كانت حرة أو أمة وكبيرة أو صغيرة مسلمة أو كتابية لان الحرة المسلمة الكبيرة لما لم تستحق النفقة والسكنى فى عدة الوفاة فهؤلاء أولى وكذا المعتدة من نكاح فاسد فى الوفاة لا سكنى لها ولا نفقة لانهما لا يستحقان بالنكاح الصحيح فى هذه العدة فبالنكاح الفاسد أولى والله أعلم

ومنها ثبوت النسب اذا جاءت بولد والكلام فى هذا الموضع فى موضعين فى الاصل أحدهما فى بيان ما يثبت فيه نسب ولد المعتدة من المدة والثانى فى بيان ما يثبت به نسبه من الحجة أى يظهر به أما الاول فلاصل فيه ان أقل مدة الحمل ستة أشهر لقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا جعل الله تعالى ثلاثين شهرا مدة الحمل والفصال جميعا ثم جعل سبحانه وتعالى الفصال وهو الفطام فى عامين بقوله تعالى وفصاله فى عامين فيبقى للحمل ستة أشهر وهذا الاستدلال منقول عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه روى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لستة أشهر فهم عثمان رضى الله عنه برجمها فقال ابن عباس رضى الله عنهما اما انه لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال سبحانه وفصاله فى عامين أشار الى ما ذكرنا فدل ان أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان عندنا وعند الشافعى أربع سنين وهو محجوج بحديث عائشة رضى الله عنها انها قالت لا يبقى الولد فى رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفلكة مغزل والظاهر انها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان هذا باب لا يدرك بالرأى والاجتهاد ولا يظن بها انها قالت ذلك جزافا وتخمينا فتعين السماع واصل آخر ان كل مطلقة لم تلزمها العدة بان لم تكن مدخولا بها فنسب ولدها لا يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه منه وهو ان تجىء به لاقل من ستة أشهر وكل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج الا اذا علم يقينا انه ليس منه وهو ان تجىء به لاكثر من سنتين وانما كان كذلك لان الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه فكان النكاح من كل وجه زائلا بيقين وما زال بيقين لا يثبت الا بيقين مثله فاذا جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من يوم الطلاق فقد تيقنا ان العلوق وجد فى حال الفراش وانه وطئها وهى حامل منه اذ لا يحتمل ان يكون بوطء بعد الطلاق لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فكان من وطء وجد على فراش الزوج وكون العلوق فى فراشه يوجب ثبوت النسب منه فاذا جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا لم يستيقن بكونه مولودا على الفراش لاحتمال ان يكون بوطء بعد الطلاق والفراش كان زائلا بيقين فلا يثبت مع الشك وعلى هذا يخرج ما اذا طلق امرأته قبل الدخول بها فجاءت بولد لاقل

من ستة أشهر مذ طلقها انه يلزمه لتيقننا بعلوقه حال قيام النكاح واذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لعدم التيقن بذلك ويستوى فى هذا الحكم ذوات الاقراء وذوات الاشهر لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة فطلقت فجاءت بولد انها ان جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح يثبت النسب لانها اذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح كان لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق لان الطلاق يقع عقيب النكاح لان الحالف أوقعه كذلك ألا ترى انه قال فهى طالق والفاء للتعقيب بلا تراخى وقال زفر لا يثبت النسب وروى ان محمدا كان يقول مثل قوله ثم رجع وجه قول زفر ان اثبات النسب يعتمد امكان بوطء ولم يوجد اذ ليس بين النكاح والطلاق زمان يسع فيه الوطء بل كما وجد النكاح وقع الطلاق عقيبه بلا فصل فلا يتصور الوطء فلا يثبت النسب وانا نقول يمكن تصوره بان كان يخالط امرأة فدخل الرجال عليه فتزوجها وهم يسمعون كلامه وأنزل من ساعته واذا تصور الوطء فالنكاح قائم مقام الوطء المنزل عند تصوره شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وان جاءت لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح لا يثبت النسب لانا علمنا يقينا انه لوطء وجد قبل النكاح ثم اذا جاءت به لستة أشهر من وقت النكاح حتى يثبت النسب يجب على الزوج مهر كامل كذا ذكر فى ظاهر الرواية لانها صارت فى حكم المدخول بها وذكر أبو يوسف فى الامالى ان القياس ان يجب عليه مهر ونصف مهر نصف مهر بالطلاق قبل الدخول ومهر كامل بالدخول ووجهه ان يجعل الطلاق واقعا كما تزوج فيجب نصف مهر لوجود الطلاق قبل الدخول ثم يجعل واجبا بعد الدخول بناء على ان عنده ان الطلاق غير واقع لانه يرى ان تعليق النكاح بالملك لا يصلح كما هو مذهب الشافعى فيجب المهر بهذا الوطء ويثبت النسب لان المسئلة مجتهد فيها فلا يكون فعله زنا الا ان أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانها كالمدخول بها من طريق الحكم فيتأكد المهر وان طلقها بعد الدخول بها فجاءت بولد فجملة الكلام فى المعتدة ان يقال المعتدة لا يخلو اما ان كانت معتدة عن طلاق أو غيره من أسباب الفرقة واما ان كانت معتدة من وفاة وكل واحدة منهما لا يخلو من ان تكون من ذوات الاقراء أو من ذوات الاشهر كانت أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر فان كانت معتدة عن طلاق فالطلاق لا يخلو اما ان يكون بائنا واما ان يكون رجعيا فان كان بائنا وهى من ذوات الاقراء ولم تكن أقرت بانقضاء العدة فجاءت بولد فان جاءت به الى سنتين عند الطلاق لزمه لانه لا يحتمل ان يكون العلوق من وطء حادث بعد الطلاق ويحتمل ان يكون من وطء وجد فى حال قيام النكاح وكانت حاملا وقت الطلاق لان الولد يبقى فى البطن الى سنتين بالاتفاق وهذا ظهر الاحتمالين اذ الظاهر من حال المسلمة أن لا تتزوج فى العدة وحمل امور المسلمين على الصلاح والسداد واجب ما أمكن فيحمل عليه أو نقول النكاح كان قائما بيقين والفراش كان ثابتا بيقين لقيام النكاح والثابت بيقين لا يزول الا بيقين مثله فاذا كان احتمال العلوق على الفراش قائما لم نستيقن بانقضاء العدة وزوال النكاح من كل وجه فلم نستيقن بزوال الفراش فلا نحكم بالزوال بالشك وان جاءت به لاكثر من سنتين لم يلزمه ان أنكره لانا تيقنا انه ليس منه لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فلا يثبت نسبه منه ما لم يدع فاذا ادعى ثبت النسب منه وهل يشترط تصديقها فيه روايتان واختلف فى انقضاء عدتها قال أبو حنيفة ومحمد يحكم بانقضائها قبل الولادة بستة أشهر وترد ما أخذت من نفقته هذه المدة وقال أبو يوسف انقضاء عدتها بوضع الحمل ولا ترد شيأ من النفقة وجه قوله انه يحتمل انه وطئها أجنبى بشبهة ويحتمل ان الزوج وطئها بشبهة فلا ترد النفقة بالشك ولهما ان الولد لا بد وان يكون من وطء حادث بعد الطلاق لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فلا يجوز ان يحمل على ان الزوج وطئها لانه حرام ولا على ان أجنبيا وطئها بشبهة لان ذلك حرام أيضا وظاهر حال المسلم التحرج عن الحرام فتعين الحمل على وطء حلال وهو الوطء فى نكاح صحيح فيحمل على ان عدتها قد انقضت وتزوجت وأقل مدة الحمل ستة أشهر فوجب رد نفقة ستة أشهر لانه تبين انها لم تكن عليه وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف على انا ان حملنا على ان أجنبيا وطئها

بشبهة

بشبهة تسقط النفقة عن زوجها الا انهم قالوا فى المنكوحة اذا تزوجت فحملت من غير زوجها انه لا نفقة لها عليه وان كانت أقرت بانقضاء العدة وذلك فى مدة تنقضي فى مثلها العدة ثم جاءت بولد فى سنتين فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم أقرت لزمه أيضا وان جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا من وقت الاقرار لم يلزمه لان الاصل ان المعتدة مصدقة فى الاخبار عن انقضاء عدتها اذ الشرع ائتمنها على ذلك فتصدق ما لم يظهر غلطها أو كذبها بيقين فإذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ظهر غلطها أو كذبها لانه تبين انها كانت معتدة وقت الاقرار اذ المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فاقرارها بانقضاء العدة وهى معتدة يكون غلطا أو يكون كذبا اذ هو اخبار عن الخبر لا على ما هو به وهذا حد الكذب فالتحق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة أشهر أو اكثر لم يظهر كذبها لاحتمال انها تزوجت بعد اقرارها بانقضاء العدة فجاءت منه بولد فلم يكن ولد زنا لكن ليس له نسب معروف فلزم تصديقها فى اخبارها بانقضاء عدتها على الاصل فلم يكن الولد من الزوج وهذا الذى ذكرنا مذهبنا وقال الشافعى اذا أقرت ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر يثبت نسبه ما لم تتزوج وجه قوله ان اقرارها بانقضاء عدتها يتضمن ابطال حق الصبي وهو تضييع نسبه لان النسب يثبت حقا للصبي فلا يقبل ولنا ما ذكرنا ان الشرع ائتمنها فى الاخبار بانقضاء عدتها حيث نهاها عن كتمان ما فى رحمها والنهى عن الكتمان أمر بالاظهار وانه امر بالقبول وقوله يتضمن ابطال حق الصبي فى النسب ممنوع فان ابطال الحق بعد ثبوته يكون والنسب ههنا غير ثابت لما ذكرنا فى الطلاق البائن وان جاءت به لاكثر من سنتين لزم الزوج أيضا وصار مراجعا لها وانما كان كذلك لان العلوق حصل من وطء بعد الطلاق ويمكن حمله على الوطء الحلال وهو وطء الزوج لان الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء فيملك وطأها ما لم تقر بانقضاء العدة فوجب حمله عليه ومتى حمل عليه صار مراجعا بالوطء فيثبت النسب وان طال الزمان لجواز ان تكون ممتدة الطهر فوطئها فى آخر الطهر فعلقت فصار مراجعا فان قيل هلا حمل عليه فيما اذا جاءت به لاقل من سنتين ليصير مراجعا لها فالجواب أن هناك لا يمكن الحمل عليه لانه لو حمل عليه للزم اثبات الرجعة بالشك لان الامر محتمل يحتمل ان يكون العلوق من وطء بعد الطلاق فيكون رجعة ويحتمل ان يكون من وطء قبله فلا يكون رجعة فلا تثبت الرجعة مع الشك اما ههنا فلا يحتمل ان يكون العلوق من وطء قبل الطلاق لان الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين فتعين ان يكون من وطء بعد الطلاق وامكن حمله على الوطء الحلال فيحمل عليه فيصير مراجعا بالوطء فافترقا وان كانت أقرت بانقضاء العدة فى مدة تنقضي فى مثلها العدة فان جاءت به لاقل من ستة اشهر مذ أقرت لزمه وان جاءت به لستة اشهر أو اكثر من وقت الاقرار لا يلزمه لما ذكرنا فى الطلاق البائن هذا اذا كانت المعتدة من طلاق من ذوات الاقراء فاما اذا كانت من ذوات الاشهر فان كانت آيسة فجاءت بولد فان كانت لم تقر بانقضاء العدة فحكمها حكم ذوات الاقراء وقد ذكرناه سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا فانها اذا جاءت بولد الى سنتين من وقت الطلاق يثبت نسبه من الزوج لانها لما ولدت علم انها ليست بآيسة بل هى من ذوات الاقراء وان كانت أقرت بانقضاء عدتها فان كانت أقرت به مفسرا بثلاثة أشهر فكذلك لانه لما تبين انها لم تكن آيسة تبين ان عدتها لم تكن بالاشهر فلم يصح اقرارها بانقضاء عدتها بالاشهر فالتحق اقرارها بالعدم فجعل كانها لم تقر أصلا وان كانت أقرت به مطلقا فى مدة تصلح لثلاثة اقراء فان ولدت لاقل من ستة أشهر منذ أقرت يثبت النسب والا فلا لانه لما بطل اليأس بعذر حمل اقرارها على الاقراء بالانقضاء بالاشهر لبطلان الاعتداد بالاشهر فيحمل على الاقراء بالانقضاء بالاقراء حملا لكلام العاقلة المسلمة على الصحة عند الامكان وان كانت صغيرة فجاءت بولد فالامر لا يخلو من ثلاثة أوجه اما ان كانت أقرت بانقضاء العدة بعد مضى ثلاثة أشهر واما ان كانت لم تقر ولكنها أقرت انها حامل فى مدة العدة وهى الثلاثة الاشهر واما ان سكتت وكل وجه على وجهين اما ان كان الطلاق بائنا واما ان كان رجعيا فان كانت أقرت بانقضاء العدة عند مضى ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد فان جاءت به لاقل من ستة أشهر مذ أقرت ثبت النسب وان جاءت به لستة أشهر أو اكثر لا يثبت لان اقرار الصغيرة

بانقضاء عدتها مقبول فى الظاهر لانها أعرف بعدتها من غيرها ولهذا لو أقرت بالبلوغ يقبل اقرارها غير انها لما جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فقد ظهر كذبها فى اقرارها لانه تبين انها كانت معتدة وقت الاقرار فالحق اقرارها بالعدم واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم يظهر كذبها فى اقرارها لجواز انها تزوجت بعد انقضاء عدتها وهذا الولد منه والطلاق البائن والرجعى فى هذا الوجه سواء وان لم تكن أقرت بانقضاء العدة ولكنها أقرت بالحمل فى مدة العدة فان كان الطلاق بائنا يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا لانها لما أقرت بالحمل فى مدة العدة فقد حكمنا ببلوغها فصار حكمها حكم البالغة فاذا جاءت بولد يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان كان الطلاق بائنا لما مر انه يحكم بالعلوق قبل الطلاق فاذا جاءت به لاكثر من سنتين لا يثبت لانه يحمل على علوق حادث بعد الطلاق وان كان الطلاق رجعيا يثبت النسب الى سنتين وثلاثة أشهر لانه ظهر ان العلوق كان فى العدة وعدتها ثلاثة أشهر والمعتدة من طلاق رجعى اذا علقت فى العدة يصير الزوج مراجعا لها وان جاءت به لاكثر من سبعة وعشرين شهرا لا يثبت النسب لانه تبين ان العلوق كان بعد مضى الثلاثة الاشهر ولان الولد لا يبقى فى البطن اكثر من سنتين فلا يصير مراجعا لها وان لم يقر بشئ اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد سكوتها كاقرارها بانقضاء العدة انها ان جاءت لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق يثبت النسب وان جاءت به لستة أشهر أو أكثر لا يثبت سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا وقال أبو يوسف سكوتها كاقرارها بالحمل أو دعوى الحمل انه ان كان الطلاق بائنا يثبت النسب الى سنتين وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا وجه قوله ان المراهقة يحتمل ان تكون عدتها بوضع الحمل لاحتمال انها حبلت ولم تعلم بذلك فما لم تقر بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضاء كالمتوفى عنها زوجها ولهما ان عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهى ثلاثة أشهر على اعتبار الاصل اذ الاصل فيها عدم البلوغ فكان انقضاؤها بانقضاء ثلاثة أشهر كاقرارها بانقضاء عدتها ولو أقرت بانقضاء عدتها كان الجواب ما ذكرنا كذا هذا بخلاف المتوفى عنها زوجها انه لا يحكم بانقضاء عدتها بمضى الشهور لان عدتها ذات جهتين يحتمل ان تكون بالشهور ويحتمل ان تكون بوضع الحمل فما لم تقر بانقضاء العدة لا يحكم باحد الامرين هذا الذى ذكرنا حكم المعتدة عن طلاق وكل جواب عرفته فى المعتدة من طلاق فهو الجواب فى المعتدة من غير طلاق من أسباب الفرقة وأما المتوفى عنها زوجها وهى مدخول بها فان كانت من ذوات الاقراء فجاءت بولد فان جاءت به ما بينها وبين سنتين ولم تكن اقرت بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها من الزوج عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا لم تدع الحمل فى مدة العدة ثم جاءت به لعشرة أشهر وعشرة أيام لا يثبت النسب وجه قوله ان عدة المتوفى عنها زوجها هى الاشهر عند عدم الحمل والاصل عدم الحمل فاذا مضت أربعة أشهر وعشر يحكم بانقضاء عدتها فصار كانها اقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد بعد ذلك وهناك لو جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا لا يثبت كذا هذا ولهذا كان الحكم فى الصغيرة ما وصفنا كذا فى الكبيرة ولنا ما ذكرنا ان عدة المتوفى عنها زوجها ذات جهتين لجواز ان تكون حاملا ولا يعلم ذلك فلا تنقضى عدتها بالاشهر فما لم تقر بانقضاء عدتها لا يحكم بالانقضاء كالمعتدة من الطلاق وان جاءت به لاكثر من سنتين لا يثبت لما مر فى عدة الطلاق بخلاف الصغيرة فان عدتها ذات جهة واحدة لان الاصل فيها عدم الحبل لان المحل لا يحتمل وانما يصير محلا بالبلوغ وفيه شك فيبقى حكم الاصل فأما عدة الكبيرة فذات جهتين لما قررنا من الاحتمال والتردد فلا يحكم بالانقضاء بالاشهر مع الاحتمال وان أقرت بانقضاء عدتها ثم أتت بولد فان أتت به لاقل من ستة أشهر مذ أقرت يثبت النسب وان جاءت به لتمام ستة أشهر فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى عدة الطلاق انه لا يثبت النسب عندنا وعند الشافعى يثبت ما لم تزوج وان كانت من ذوات الاشهر فان كانت آيسة أو صغيرة فحكمها فى الفوات ما هو حكمها فى الطلاق وقد ذكرناه هذا الذى ذكرناه كله فى عدة الطلاق وغيره من الفراق وعدة الوفاة اذا جاءت المعتدة

بولد قبل التزوج بزوج آخر فاما اذا تزوجت بزوج آخر ثم جاءت بولد فالامر لا يخلو من ربعة أوجه اما ان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى واما ان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى واما ان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى واما أن جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى فالولد للاول لانه لا يحتمل ان يكون من الثانى اذ المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر ويحتمل ان يكون من الاول لان الولد يبقى فى بطن أمه الى سنتين وفى الحمل عليه حمل أمرها على الصلاح وانه واجب ما أمكن وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى فهو للثانى لانه لا يحتمل ان يكون من الاول اذ الظاهر من حال العاقلة المسلمة ان لا تتزوج وهى معتدة الغير فصح نكاح الثانى فكان مولودا على فراش صحيح فيثبت نسبه منه وان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولاقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى لم يكن للاول ولا الثانى لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين والمرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر وهل يجوز نكاح الثانى فى قول أبى حنيفة ومحمد جائز وعند أبى يوسف فاسد لانه اذا لم يثبت النسب من الاول ولا من الثانى كان هذا الحمل من الزنا فيكون بمنزلة رجل تزوج امرأة وهى حامل من الزنا وذلك على هذا الاختلاف على قول أبى حنيفة ومحمد جاز نكاحها ولكن لا يقربها حتى تضع وعلى قول أبى يوسف لا يجوز النكاح مالم تضع حملها هذا اذا لم يعلم وقت التزوج أنها تزوجت فى عدتها فان علم ذلك وقع النكاح الثانى فاسدا فجاءت بولد فان النسب يثبت من الاول ان أمكن اثباته منه بان جاءت به لاقل من سنتين منذ طلقها الاول أو مات عنها ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى لان النكاح الثانى فاسد ومهما أمكن احالة النسب الى الفراش الصحيح كان أولى وان لم يمكن اثباته منه وأمكن اثباته من الثانى فالنسب يثبت من الثانى بان جاءت به لاكثر من سنتين منذ طلقها الاول أو مات ولستة أشهر فصاعدا منذ تزوجها الثانى لان النكاح الثانى وان كان فاسدا لكن لما تعذر اثبات النسب من النكاح الصحيح فاثباته من النكاح الفاسد أولى من الحمل على الزنا والله الموفق واذا نعى الى المرأة زوجها فاعتدت وتزوجت وولدت ثم جاء زوجها الاول فهى امرأته لانها كانت منكوحته ولم يعترض على النكاح شىء من أسباب الفرقة فبقيت على النكاح السابق ولكن لا يقربها حتى تنقضى عدتها من الثانى وأما الولد فقد اختلف فيه قال أبو حنيفة هو للاول وقال أبو يوسف ان كانت ولدته لاقل من ستة أشهر من حين وطئها الثانى فهو للاول وان كانت ولدته لستة أشهر أو أكثر فهو للثانى وقال محمد ان كانت ولدته لسنتين من حين وطئها الثانى فهو للاول وان كانت ولدته لاكثر من سنتين فهو للثانى وجه قول محمد انها اذا كانت ولدته لسنتين من حين وطئها الثانى أمكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد يبقى فى البطن الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولدته الى سنتين فيحمل عليه واذا كانت ولدته لاكثر من سنتين لم يمكن حمله على الفراش الصحيح لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فيحمل على الفراش الفاسد ضرورة وجه قول أبى يوسف انها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من حين وطئها الثانى تيقنا انه ليس من الثانى لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر وأمكن حمله على الفراش فيحمل عليه واذا ولدت لستة أشهر أو أكثر فالظاهر انه من الثانى وجه قول أبى حنيفة ان الفراش الصحيح للاول فيكون الولد للاول لقول النبى صلى الله عليه وسلم الولد للفراش ومطلق الفراش ينصرف الى الصحيح والله الموفق للصواب وأما الثانى وهو بيان ما يثبت به نسب ولد المعتدة أى يظهر به فجملة الكلام فيه ان المرأة اذا ادعت انها ولدت هذا الولد لستة أشهر فان صدقها الزوج فقد ثبت ولادتها سواء كانت منكوحة أو معتدة وان كذبها تثبت ولادتها بشهادة امرأة واحدة ثقة عند أصحابنا ويثبت نسبه منه حتى لو نفاه يلاعن وقال الشافعى لا يثبت الا بشهادة أربع نسوة ثقات (وجه) قوله ان هذا نوع شهادة فلا بد من اعتبار العدد فيه كسائر أنواع الشهادات فيقام كل اثنتين منهن

مقام رجل فاذا كن أربعا يقمن مقام رجلين فيكمل العدد (ولنا) ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة فى الولادة فدل على جواز شهادتها فى الولادة من غير اعتبار العدد ولان الاصل فيما يقبل فيه قول النساء بانفرادهن انه لا يشترط فيه العدد منهن على هذا أصول الشرع كما فى رواية الاخبار والاخبار عن طهارة الماء ونجاسته وعن الوكالة وغير ذلك من الديانات والمعاملات وقد خرج الجواب عما ذكره المخالف ان العدد شرط لان العدد انما يشترط فيما لا يقبل فيه قول النساء بانفرادهن وههنا يقبل فلا يشترط العدد فيهن ولو نفى الولد يلاعن لانه يثبت نسب الولد بالنكاح لا بشهادة القابلة وانما الثابت بشهادتها الولادة وتعين أى الذى ولدته هذا لجواز انها ولدت ميتا أو حيا ثم مات فاذا نفى الولد فقد صار قاذفا لامه بالزنا وقذف الزوجة بالزنا يوجب اللعان وكذلك اذا قال لامته ان كان فى بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة على الولادة تصير الجارية أم ولد لان النسب يثبت بفراش الملك عند الدعوة وقوله ان كان فى بطنك ولد فهو منى دعوى النسب والحاجة بعد ذلك الى الولادة وتعين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة واذا ثبت النسب صارت الجارية أم ولد له ضرورة لان أمية الولد من ضرورات ثبوت النسب ولو قال لامرأته اذا ولدت فانت طالق فقالت ولدت وأنكر الزوج الولادة فشهدت قابلة على الولادة يثبت النسب بالاجماع وان لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا فهل يقع الطلاق قال أبو حنيفة لا يقع ما لم يشهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان وقال أبو يوسف ومحمد يقع بشهادة القابلة اذا كانت عدلة (وجه) قولهما ان الولادة قد ثبتت بشهادة القابلة بالاجماع ولهذا ثبت النسب ومن ضرورة ثبوت الولادة وقوع الطلاق لانه معلق بها ولابى حنيفة ان شهادة القابلة حجة ضرورية لانها شهادة فرد وهو أنثى فيظهر فيما فيه الضرورة وتوقف بما هو من ضرورات تلك الضرورة والضرورة فى الولادة فيظهر فيها فتثبت الولادة ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة لتصور الولادة بدون الطلاق فى الجملة فلا ضرورة الى اثبات الولادة فى حق وقوع الطلاق فلا يثبت فى حقه والنسب ما ثبت بالشهادة وانما يثبت بالفراش لقيام النكاح وانما الثابت بالشهادة الولادة وتعيين الولد ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة ولا من ضرورات ثبوت النسب أيضا فلم يكن من ضرورة الولادة وثبوت النسب وقوع الطلاق وان كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا يقع الطلاق بمجرد قولها وان لم تشهد القابلة فى قول أبى حنيفة وعندهما لا يقع الا بشهادة القابلة ولا خلاف فى ان النسب لا يثبت بدون شهادة القابلة (وجه) قولهما ان المرأة تدعى وقوع الطلاق والاصل ان المدعى لا يعطى شيأ بمجرد الدعوى لان دعوى المدعى عارضها انكار المنكر وقد قال صلى الله عليه وسلم لو أعطى الناس بدعواهم الحديث الا فيما لا يوقف عليه من جهة غيره فيجعل القول فيه قوله للضرورة كما فى الحيض والولادة أمر يمكن الوقوف عليه من جهة غيرها فلا يقبل قولها فيه ولهذا لم يثبت النسب بقولها بدون شهادة القابلة كذا وقوع الطلاق لانها تدعى وهو ينكر والقول قول المنكر حتى يقيم المدعى حجته وجه قول أبى حنيفة انه قد ثبت الحبل وهو كون الولد فى البطن باقرار الزوج بالحبل أو يكون الحبل ظاهرا وانه يفضى الى الولادة لا محالة لان الحمل يوضع لا محالة فكانت الولادة أمرا كائنا لا محالة فيقبل فيه قولها كما فى دم الحيض حتى لو قال لامرأته اذا حضت فانت طالق فقالت حضت يقع الطلاق كذا ههنا الا انه لم يقبل قولها فى حق اثبات النسب بدون شهادة القابلة لانها متهمة فى تعيين الولد فلا تصدق على التعيين فى حق اثبات النسب ولا تهمة فى التعيين فى حق وقوع الطلاق فتصدق فيه من غير شهادة القابلة ونظيره ما اذا قال لامرأته اذا حضت فانت طالق وامرأتى الاخرى فلانة معك فقالت حضت وكذبها الزوج تطلق هى ولا تطلق ضرتها ويثبت حيضها فى حقها ولا يثبت فى حق ضرتها الا بتصديق الزوج لكونها متهمة فى حق ضرتها وانتفاء التهمة فى حق نفسها كذا ههنا والله أعلم وان كانت معتدة من طلاق بائن أو من وفاة فجاءت بولد الى سنتين فانكر الزوج الولادة أو ورثته بعد وفاته وادعت هى فان لم يكن الزوج أقر بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا لا يثبت النسب الا بشهادة رجلين أو رجل

وامرأتين على الولادة فى قول أبى حنيفة وعندهما يثبت بشهادة القابلة وجه قولهما ان النكاح بعد الطلاق البائن والوفاة باق فى حق الفراش فلا حاجة الى ما يثبت به النسب كما فى حال قيام النكاح وانما الحاجة الى الولادة وتعيين الولد وذلك يثبت بشهادة القابلة كما فى حال قيام النكاح ولابى حنيفة ان الفراش لا يبقى بعد الولادة لانقطاع النكاح بجميع علائقه بانقضاء العدة بالولادة وتصير أجنبية فكان القضاء بثبوت الولادة بشهادة القابلة قضاء بثبوت النسب لولد الاجنبية بشهادة النساء ولا يجوز ذلك ولا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين وان كان الزوج قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فالقول قولها فى الولادة وان لم تشهد لها قابلة فى قول أبى حنيفة وعندهما لا تثبت الولادة بدون شهادة القابلة والكلام فى الطرفين على النحو الذى ذكرنا وان كانت معتدة من طلاق رجعى فكذلك ذكره فى كتاب الدعوى وسوى بين الرجعى والبائن لانها بعد انقضاء العدة أجنبية فى الفصلين جميعا فلا تصدق على الولادة الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين عند أبى حنيفة اذا لم يكن الزوج مقرا بالحبل ولا كان الحبل ظاهرا وان كان قد أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا فهو على الاختلاف الذى ذكرنا ولو مات الزوج وأتت امرأته بولد بعد وفاته ما بينها وبين سنتين ولم يشهد على الولادة أحد لا القابلة ولا غيرها ولكن صدقها الورثة فى أنها ولدته ذكر فى الجامع الصغير أنه يثبت نسبه بقولهم وذكر فى كتاب الدعوى أن نسب الولد يثبت ان كان ورثته ابنين أو ابنا وبنتين واختلاف العبارتين يرجع الى أن ثبوت نسبه بتصديقهم من طريق الشهادة أو من طريق الاقرار فما ذكر فى كتاب الدعوى يدل على أنه من طريق الشهادة حيث شرط أن يكون الورثة ابنين أو ابنا وبنتين وما ذكر فى الجامع يدل على أنه من طريق الاقرار لانه قال فصدقها الورثة والشهادة لا تسمى تصديقا فى العرف وكذا الحاجة الى الشهادة عند المنازعة ولا منازع ههنا ومن هذا انشاء الاختلاف بين مشايخنا فاعتبر بعضهم التصديق منه شهادة و بعضهم اقرارا فمن اعتبره شهادة قال لا يثبت نسبه الا اذا كانت الورثة رجلين أو رجلا وامرأتين و يشترط لفظ الشهادة ومجلس الحكم واذا صدقها البعض وجحد البعض فان صدقها رجلان منهم أو رجل وامرأتان يشاركه الولد المقرين منهم والمنكرين جميعا منهم فى الميراث لان الشهادة حجة مطلقة فكانت حجة على الكل فيظهر نسبه فى حقهم الكل ومن اعتبره اقرارا قال يثبت نسبه اذا صدقها جميع الورثة سواء كانوا ذكورا أو اناثا ولا يراعى لفظ الشهادة ومجلس الحكم فاذا صدقها بعض الورثة وجحدا البعض فانه يثبت نسبه فى حقهم ويشاركهم فى نصيبهم من الميراث ولا يثبت فى حق غيرهم لان اقرارهم حجة فى حقهم لا فى حق غيرهم ومن هذا أيضا انشاء الخلاف فيما اذا كان الوارث واحدا فصدقها فى الولادة فقال الكرخى ان نسبه يثبت باقراره فى قولهم جميعا وذكر الطحاوى فيه الاختلاف فقال لا يثبت نسبه فى قول أبى حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف يثبت كأنهما اعتبرا قوله شهادة وشهادة الفرد لا تقبل واعتبره أبو يوسف اقرارا واقرار الفرد مقبول هذا اذا صدقها الورثة أو بعضهم فأما اذا لم يصدقها أحد منهم فهو على الاختلاف والتفصيل الذى ذكرنا ان الزوج اذا لم يكن أقر بالحمل ولا كان الحمل ظاهرا لا يثبت نسبه الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين على الولادة عند أبى حنيفة وعندهما يثبت نسبه بشهادة القابلة واذا كان الزوج أقر بالحبل أو كان الحبل ظاهرا تثبت الولادة بمجرد قولها ولدت عند أبى حنيفة وعندهما لا تثبت من غير شهادة القابلة وقد مر الكلام فى ذلك كله فيما تقدم والله تعالى الموفق (رجل) قال لغلام هذا ابنى ثم مات فجاءت أم الغلام فقالت أنا امرأته لا شك ان الغلام يرثه لانه ثبت نسبه منه باقراره وهل ترثه هذه أم لا ذكر فى النوادر أنها ترثه استحسانا والقياس أن لا يكون لها الميراث (وجه) القياس أنه يحتمل أن تكون أم الغلام حرة و يحتمل أن تكون أمة ولو كانت حرة فيحتمل أن تكون هذه المرأة و يحتمل أن تكون غيرها ولو كانت هذه المرأة فيحتمل أن يكون وطئها بنكاح صحيح و يحتمل بنكاح فاسد أو بشبهة نكاح فيقع الشك فى الارث فلا ترث بالشك (وجه) الاستحسان ان سبب الاستحقاق للارث فى حقها يثبت باقراره بنسب الولد وهو النكاح الصحيح لان المسئلة مفروضة فى امرأة معروفة

بالحرية و بأمومة هذا الولد فاذا أقر بنسب الولد أنه منه والنسب لا يثبت الا بالفراش والاصل فى الفراش هو النكاح الصحيح فكان دعوى نسب الولد اقرارا منه أنه من النكاح الصحيح فاذا صدقها يثبت النكاح ظاهرا فترثه لان العمل بالظاهر واجب فأما اذا لم تكن معروفة بذلك وأنكرت الورثة كونها حرة أو أماله فلا ميراث لها لان الامر يبقى محتملا فلا ترث بالشك والاحتمال والله الموفق ومما يتصل بحال قيام العدة عن طلاق من الاحكام منها الارث عند الموت وجملة الكلام فيه ان المعتدة لا تخلو اما ان كانت من طلاق رجعي واما ان كانت من طلاق بائن أو ثلاث والحال لا يخلو اما ان كانت حال الصحة واما ان كانت حال المرض فان كانت العدة من طلاق رجعي فمات أحد الزوجين قبل انقضاء العدة ورثه الآخر بلا خلاف سواء كان الطلاق فى حال المرض أو فى حال الصحة لان الطلاق الرجعي منه لا يزيل النكاح فكانت الزوجية بعد الطلاق قبل انقضاء العدة قائمة من كل وجه والنكاح القائم من كل وجه سبب لاستحقاق الارث من الجانبين كما لو مات أحدهما قبل الطلاق وسواء كان الطلاق بغير رضاها أو برضاها فان ما رضيت به ليس بسبب لبطلان النكاح حتى يكون رضا ببطلان حقها فى الميراث وسواء كانت المرأة حرة مسلمة وقت الطلاق أو مملوكة أو كتابية ثم أعتقت أو أسلمت فى العدة لان النكاح بعد الطلاق قائم من كل وجه ما دامت العدة قائمة وأنه سبب لاستحقاق الارث وان كانت من طلاق بائن أو ثلاث فان كان ذلك فى حال الصحة فمات أحدهما لم يرثه صاحبه سوا كان الطلاق برضاها أو بغير رضاها وان كان فى حال المرض فان كان برضاها لا ترث بالاجماع وان كان بغير رضاها فانها ترث من زوجها عندنا وعند الشافعى لا ترث ومعرفة هذه المسئلة مبنية على معرفة سبب استحقاق الارث وشرط الاستحقاق ووقته أما السبب فنقول لا خلاف ان سبب استحقاق الارث فى حقها النكاح فان الله عز وجل أدار الارث فيما بين الزوجين على الزوجية بقوله سبحانه وتعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم الى آخر ما ذكر سبحانه من ميراث الزوجين ولان سبب الارث فى الشرع ثلاثة لا رابع لها القرابة والولاء والزوجية واختلف فى الوقت الذى يصير النكاح سببا لاستحقاق الارث وعند الشافعى هو وقت الموت فان كان النكاح قائما وقت الموت ثبت الارث والا فلا واختلف مشايخنا قال بعضهم هو وقت مرض الموت والنكاح كان قائما من كل وجه من أول مرض الموت ولا يحتاج الى بقائه من وجه الى وقت الموت ليصير سببا وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور ومن وجه وقت الموت مقصورا عليه وهو طريق الاسناد وهم طريقة مشايخنا المتقدمين وقال بعضهم وهو طريق المتأخرين منهم ان النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الارث وهو ثبوت حق الارث من غير ثبوت الملك للوارث أصلا لا من كل وجه ولا من وجه (وجه) قول الشافعى ان الارث لا يثبت الا عند الموت لان المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفه فيه فلا بد من وجود السبب عند الموت ولا سبب ههنا الا النكاح وقد زال بالابانة والثلاث فلا يثبت الارث ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قائما فى حق الارث لورث لان الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول أما الاجماع فانه روى عن ابن سيرين أنه قال كانوا يقولون ولا يختلفون من فر من كتاب الله تعالى رد اليه أى من طلق امرأته ثلاثا فى مرضه فانها ترثه ما دامت فى العدة وهذا منه حكاية عن اجماع الصحابة رضى الله عنهم ومثله لا يكذب وكذا روى توريث امرأة الفار عن جماعة من الصحابة من غير نكير مثل عمر وعثمان وعلى وعائشة وأبى بن كعب رضى الله عنهم فانه روى عن ابراهيم النخعى أنه قال جاء عروة البارقى الى شريح بخمس خصال من عند عمر رضى الله عنه منهن ان الرجل اذا طلق امرأته وهو مريض ثلاثا ورثت منه ما دامت فى عدتها وروى عن الشعبى أنه قال ان أم البنين بنت عيينة بن حصين كانت تحت عثمان رضى الله عنه فلما احتضر طلقها وقد كان أرسل اليها بشرى فلما قتل أتت عليا رضى الله عنه فذكرت له ذلك فقال على رضى الله عنه تركها حتى اذا أشرف على

الموت طلقها فورثها وروى أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته تماضر الكلبية فى مرضه آخر تطليقاتها الثلاث
وكانت تحته أم كلثوم بنت عتبة أخت عثمان بن عفان فورثها عثمان رضى الله عنه وروى أنه قال ما اتهمه ولكن
أريد أن تكون سنة وروى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت ان المطلقة ثلاثا وهو
مريض ترثه مادامت فى العدة وروى عن أبى بن كعب ترثه مالم تتزوج فان قيل ان ابن الزبير مخالف فانه
روى عنه أنه قال فى قصة تماضر ورثها عثمان بن عفان رضى الله عنه ولو كنت أنا لم أورثها فكيف ينعقد الاجماع
مع مخالفته فالجواب ان الخلاف لا يثبت بقوله هذا لانه محتمل يحتمل أن يكون معنى قوله لو كنت أنا لما ورثتها
أى عندى أنها لا ترث ويحتمل أن يكون معناه أى ظهر له من الاجتهاد والصواب ما لو كنت مكانه لكان
لا يظهر لى فكان تصويبا له فى اجتهاده وان الحق فى اجتهاده فلا يثبت الاختلاف مع الاحتمال بل حمله على
الوجه الذى فيه تحقيق الموافقة أولى ويحتمل أنها كانت سألت الطلاق فرأى عثمان رضى الله عنه توريثها
مع سؤالها الطلاق فيرجع قوله لو كنت أنا لما ورثتها الى سؤالها الطلاق فلما ورثها عثمان رضى الله عنه مع مسئلتها
الطلاق فعند عدم السؤال أولى على أنه روى أن ابن الزبير رضى الله عنه انما قال ذلك فى ولايته وقد كان انعقد
الاجماع قبله منهم على التوريث فخلافه بعد وقوع الاتفاق منهم لا يقدح فى الاجماع لان انقراض العصر
ليس بشرط لصحة الاجماع على ما عرف فى أصول الفقه وأما المعقول فهو ان سبب استحقاق الارث وجد
مع شرائط الاستحقاق فيستحق الارث كما اذا طلقها طلاقا رجعيا ولا كلام فى سبب الاستحقاق وشرائطه
وانما الكلام فى وقت الاستحقاق فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت أما على التفسير الاول والثانى وهو
ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه فالدليل عليه النص واجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الاجماع
والمعقول أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى
آخر أعماركم زيادة على أعمالكم أى تصدق باستيفاء ملككم عليكم فى ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم أخبر عن
منة الله تعالى على عباده انه استبقى لهم الملك فى ثلث أموالهم ليكون وسيلة الى الزيادة فى أعمالهم بالصرف الى وجوه
الخير لان مثل هذا الكلام يخرج مخرج الاخبار عن المنة وآخر أعمارهم مرض الموت فيدل على زوال ملكهم عن
الثلثين اذ لو لم يزل لم يكن لمن عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين اذ الحكيم فى موضع بيان المنة لا يترك أعلى المنتين ويذكر
أدناهما واذا زال ملكه عن الثلثين يزول الى ورثته لانهم أقرب الناس اليه فيرضى بالزوال اليهم لرجوع معنى الملك اليه
بالدعاء والصدقة وأنواع الخير بخلاف الاجنبى وأما اجماع الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن أبى بكر رضى الله
عنه انه قال فى مرض موته لعائشة رضى الله عنها انى كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالى بالعالية وانك لم تكونى
حزتيه ولا قبضتيه وانما هو اليوم مال الوارث ولم يدع عائشة رضى الله عنها ولا أنكر عليه أحد وكان ذلك بمحضر من
الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا منهم على ان مال المريض فى مرض موته يصير ملك الوارث من كل وجه أو
من وجه وأما دلالة الاجماع فهى انه لا ينفذ تبرعه فيما زاد على الثلث فى حق الاجنبى وفى حق الورثة لا ينفذ بشئ
أصلا ورأسا حتى كان للورثة ان يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضاه اذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان
لهم الاخذ من غير رضاه فدل عدم النفاذ على زوال الملك واذا زال يزول الى الورثة لما بينا وأما المعقول فهو ان المال
الفاضل عن حاجة الميت يصرف الى الورثة بلا خلاف والكلام فيما اذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن
حوائج الميت فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث فى المال الفاضل عن حوائج الميت فيدل على
ثبوت الملك من وجه لا محالة وأما على التفسير الثالث وهو ثبوت حق الملك رأسا فدلالة الاجماع والمعقول أما دلالة
الاجماع فهو ان ينقض تبرعه بعد الموت ولولا تعلق حق الوارث بماله فى مرض موته لكان التبرع تصرفا من أهله فى
محل مملوك له لا حق للغير فيه فينبغى ان لا ينقض فدل حق النقض على تعلق الحق وأما المعقول فهو ان النكاح

حال مرض الموت صار وسيلة الى الارث عند الموت و وسيلة حق الانسان حقه لانه ينتفع به والطلاق البائن والثلاث ابطال لهذه الوسيلة فيكون ابطالا لحقها وذلك اضرار بها فيرد عليه ويلحق بالعدم فى حق ابطال الارث فى الحال عملا بقول النبى صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام فلم يعمل الطلاق فى الحال فى ابطال سببية النكاح لاستحقاق الارث وكونه وسيلة اليه دفعا للضرر عنها وتأخر عمله فيه الى ما بعد انقضاء العدة وكذلك اذا أبانها بغير طلاق بخيار البلوغ بان اختار نفسه وتقبيل ابنتها أو أمها او ردته ان ذلك ان كان فى الصحة لا ترث هى منه ولا هو منها بالاجماع كما لو أبانها بالطلاق لانعدام سبب الاستحقاق فى وقت الاستحقاق وهو مرض الموت الا فى الردة بان ارتد الزوج فى حال صحته فمات على الردة أو قتل أو لحق بدار الحرب وهى فى العدة فانها ترث منه لان الردة من الزوج فى معنى مرض الموت لما نذكر ان شاء الله تعالى وان كانت هذه الاسباب فى حال المرض فهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الطلاق انها ترث منه عندنا خلافا للشافعى ولا يرث هو منها بالاجماع ولو جامعها ابنه مكرهة أو مطاوعة لا ترث أما اذا كانت مطاوعة فلانها رضيت بابطال حقها وان كانت مكرهة فلم يوجد من الزوج ابطال حقها المتعلق بالارث لوقوع الفرقة بفعل غيره وان كانت البينونة من قبل المرأة كما اذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة طائعة أو مكرهة أو اختارت نفسها فى خيار الادراك أو العتاق أو عدم الكفاءة فان كان ذلك فى حال الصحة فانهما لا يتوارثان بالاجماع كما اذا كانت البينونة من قبل الزوج وكذا اذا ارتدت بخلاف ردة الزوج فى حال صحته و وجه الفرق ان ردة الزوج فى معنى مرض موته لانها تفضى الى الموت الا ان احتمال الصحة باحتمال الاسلام قائم فاذا قتل على الردة أو مات عليها فقد زال الاحتمال وكذا اذا لحق بدار الحرب لان الظاهر انه لا يعود فتقرر المرض فتبين ان سبب الاستحقاق كان ثابتا فى وقت الاستحقاق وهو مرض الموت وان سبب الفرقة وجد فى مرض الموت فترث منه كما لو كان مريضا حقيقة فاما ردتها فليست فى معنى مرض موتها حتى ينبغى أن يرث الزوج منها وان كانت هى لا ترث منه لانها لا تفضى الى الموت لانها لا تقتل عندنا فلم يكن النكاح القائم حال ردتها سببا لاستحقاق الارث فى حقه لانعدامه وقت الاستحقاق وهو مرض الموت لذلك افترقا والله عز وجل أعلم وان كان فى حال المرض فان كان فى حال مرض الزوج لا ترث منه وان كانت فى العدة لعدم شرط الارث وهو عدم رضاها بسبب الفرقة وحصول الفرقة بفعل غير الزوج و يرث الزوج منها ان كان سبب الفرقة منها فى مرضها وماتت قبل انقضاء عدتها لوجوب سبب الاستحقاق فى حقه وهو النكاح فى وقت الاستحقاق وهو مرض موتها ولوجود سبب ابطال حقه منها فى حال المرض والقياس فيما اذا ارتدت فى مرضها ثم ماتت فى العدة ان لا يرثها زوجها وانه يرثها استحسانا وجه القياس ان الفرقة لم تقع بفعلها لان فعلها الردة والفرقة لا تقع بها وانما تقع باختلاف الدينين ولا صنيع لها فى ذلك فلم يوجد منها فى مرضها ابطال حق الزوج ليرد عليها فلا يرث منها وجه الاستحسان ما ذكرنا ولسنا نسلم ان الفرقة لم تقع بفعلها فان الردة من أسباب الفرقة وقد حصلت منها فى حال تعلق حقه بالارث وهو مرض موتها فيرث منها والله عز وجل أعلم وأما شرائط الاستحقاق فنوعان نوع يعم أسباب الارث كلها ونوع يخص النكاح أما الذى يعم الاسباب كلها فمنها شرط الاهلية وهو ان لا يكون الوارث مملوكا ولا مرتدا ولا قاتلا فلا يرث المملوك ولا المرتد من أحد ولا يرث القاتل من المقتول ودلائل هذه الجملة تذكر فى كتاب الفرائض ان شاء الله تعالى و يعتبر وجود الاهلية منها وقت الطلاق ودوامها الى وقت الموت حتى لو كانت مملوكة أو كتابية وقت الطلاق لا ترث وان أعتقت أو أسلمت فى العدة لان السبب لا ينعقد مفيدا للحكم بدون شرطه فاذا لم يكن وقت صيرورة النكاح سببا للاستحقاق وهو مرض الموت من أهل الميراث لم ينعقد سببا فلا يعتبر حدوث الاهلية بعد ذلك ولو كانت مسلمة وقت الطلاق ثم ارتدت فى عدتها ثم أسلمت فلا ميراث لها وان كانت من أهل الميراث وقت الطلاق أما على طريق الاستناد فلان الحكم من وجه يثبت عند الموت فلا بد من قيام السبب من وجه عنده ليثبت ثم يستند وقد بطل السبب بالردة رأسا

فتعين الاستناد وكذا من يقول بثبوت الحل فى المرض دون الملك يعتبر قيام النكاح فى حق الارث عند الموت ولم يبق لبطلانه بالردة وأما على طريق الظهور المحض فيشكل تخريج هذه المسئلة لانه تبين ان الملك من كل وجه كان ثابتا للوارث وقت المرض والنكاح كان قائما من كل وجه فى ذلك الوقت والاهلية كانت موجودة وبقاء السبب ليس بشرط لبقاء الحكم وكذا الاهلية شرط الثبوت لا شرط البقاء وهذا بخلاف ما اذا طلقها فى مرضه ثم قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة فى عدتها ترث لانها بالتقبيل لم تخرج عن أهلية الارث اذ ليس تحت التقبيل الا التحريم والتحريم لا يبطل أهلية الارث بخلاف الردة فانها مبطلة للاهلية ومنها شرط المحلية وهو ان يكون المتروك مالا فاضلا فارغا عن حوائج الميت حاجة أصلية فلا يثبت الارث فى المال المشغول بحاجته الاصلية ومنها اتحاد الدين ومنها اتحاد الدار لما نذكر ان شاء الله تعالى فى كتاب الفرائض وأما الذى يخص النكاح فشرطان أحدهما قيام العدة حتى لو مات الزوج بعد انقضاء عدتها لا ترث وهذا قول عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى هذا ليس بشرط وترث بعد انقضاء العدة ما لم تتزوج والصحيح قول العامة لان جريان الارث بعد الابانة والثلاث ثبت بخلاف القياس باجماع الصحابة وهم شرطوا قيام العدة على ما روينا عنهم فصار شرطا بالاجماع غير معقول فيتبع معقد الاجماع ولان العدة اذا كانت قائمة كان بعض أحكام النكاح قائما من وجوب النفقة والسكنى والفراش وغير ذلك فامكن ابقاؤه فى حق حكم الارث فالتوريث يكون موافقا للاصول واذا انقضت العدة لم يبق شىء من علائق النكاح فكان القول بالتوريث نصب شرع بالرأى وهذا لا يجوز وقالوا فيمن طلق زوجته فى مرضه ودام به المرض أكثر من سنتين فمات ثم جاءت بولد بعد موته بشهر انه لا ميراث لها فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لها الميراث بناء على انقضاء عدتها بالاقراء وبوضع الحمل عندهما بالاقراء وعنده بوضع الحمل وجه قول أبى يوسف ان الحمل حادث لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فيحمل على انها وطئت بشبهة فلا يحكم بانقضاء عدتها الا بوضع الحمل فلم تكن منقضية العدة عند موت الزوج فترث وهما يقولان لا شك ان الولد حصل بوطء حادث بعد الطلاق فلا يخلو اما ان يحمل على ان الزوج وطئها أو غيره لا سبيل الى الاول لان وطأه اياها حرام والظاهر من حاله انه لا يرتكب الحرام ولا وجه للثانى لان غير الزوج اما ان وطئها بنكاح أو بشبهة والوطء بشبهة حرام أيضا فتعين حمل أمرها على النكاح الصحيح وهو ان عدتها انقضت قبل التزوج بستة أشهر ثم تزوجت فكانت عدتها منقضية قبل موت الزوج فلا ترث ولهذا قال أبو حنيفة ومحمد انها ترد نفقة ستة أشهر وقال أبو يوسف لا ترد والله عز وجل أعلم والثانى عدم الرضا منها بسبب الفرقة وشرطها فان رضيت بذلك لا ترث لانها رضيت ببطلان حقها والتوريث ثبت نظرا لها لصيانة حقها فاذا رضيت باسقاط حقها لم تبق مستحقة للنظر وعلى هذا تخريج ما اذا قال لها فى مرضه أمرك بيدك أو اختارى فاختارت نفسها أو قال لها طلقى نفسك ثلاثا ففعلت أو قالت لزوجها طلقنى ثلاثا ففعل أو اختلعت من زوجها ثم مات الزوج وهى فى العدة انها لا ترث لانها رضيت بسبب البطلان أو بشرطه أما اذا اختارت نفسها فلا شك فيه لانها باشرت سبب البطلان بنفسها وكذا اذا أمرها بالطلاق فطلقت وكذا اذا سألته الطلاق فطلقها لانها رضيت بمباشرة السبب من الزوج وفى الخلع باشرت الشرط بنفسها فكل ذلك دليل الرضا ولو قالت لزوجها طلقنى للرجعة فطلقها ثلاثا ورثت لان ما رضيت به وهو الطلاق الرجعى ليس بسبب لبطلان الارث وما هو سبب البطلان وهو ما أتى به الزوج ما رضيت به فترث وعلى هذا يخرج ما اذا علق الطلاق فى مرضه أو صحته بشرط وكان الشرط فى المرض وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان التعليق ووجود الشرط جميعا فى الصحة واما ان كانا جميعا فى المرض واما ان كان أحدهما فى الصحة والآخر فى المرض ولا يخلو اما ان علق بفعل نفسه أو بفعلها أو بفعل أجنبى أو بامر سماوى فان كان التعليق ووجود الشرط جميعا فى الصحة لا شك انها لا ترث أى شىء كان المعلق به لانعدام سبب استحقاق الارث فى وقت الاستحقاق وهو وقت مرض

الموت وان كانا جميعا فى المرض فانها ترث أى شىء كان المعلق به لوجود سبب الاستحقاق فى وقته وانعدام الرضا منها ببطلان حقها الا اذا كان التعليق بفعلها الذى لها منه بد فانها لا ترث لوجود الرضا منها بالشرط لانها فعلت من اختيار ولو أجل العنين وهو مريض ومضى الاجل وهو مريض وخيرت المرأة فاختارت نفسها فلا ميراث لها لان الفرقة وقعت باختيارها لانها تقدر ان تصبر عليه فاذا لم تصبر واختارت نفسها وقد باشرت سبب بطلان حقها باختيارها ورضاها فلا ترث ولو آلى منها وهو مريض وبانت بالايلاء وهو مريض ورثت ما دامت فى العدة لوجود سبب الاستحقاق فى وقته مع شرائطه ولو كان صحيحا وقت الايلاء وانقضت مدة الايلاء وهو مريض لم ترث لعدم سبب الاستحقاق فى وقته لانه باشر الطلاق فى صحته ولم يصنع فى المرض شيأ ولو قذف امرأته فى المرض أو لاعنها فى المرض ورثت فى قولهم جميعا لان سبب الفرقة وجد فى وقت تعلق حقها بالارث ولم يوجد منها دليل الرضا ببطلان حقها لكونها مضطرة الى المطالبة باللعان لدفع الشين عن نفسها والزوج هو الذى اضطرها بقذفه فيضاف فعلها اليه كانه أكرهها عليه وان كان القذف فى الصحة واللعان فى المرض ورثت فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا ترث وجه قوله ان سبب الفرقة وجد من الزوج فى حال لم يتعلق حقها بالارث وهو حال الصحة والمرأة مختارة فى اللعان فلا يضاف الى الزوج ولهما ان فعل المرأة يضاف الى الزوج لانها مضطرة فى المطالبة باللعان لاضطرارها الى دفع العار عن نفسها والزوج هو الذى ألجأها الى هذا فيضاف فعلها اليه كانه أوقع الفرقة فى المرض والله عز وجل أعلم وان كان أحدهما فى الصحة والآخر فى المرض فان كان التعليق فى الصحة والشرط فى المرض فان كان التعليق بامر سماوى بان قال لها اذا جاء رأس شهر كذا فانت طالق فجاء وهو مريض ثم مات وهى فى العدة لا ترث عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر ترث وجه قوله ان المعلق بالشرط كالمنجز عند الشرط فيصير قائلا عند الشرط أنت طالق ثلاثا وهو مريض (ولنا) ان الزوج لم يصنع فى مرض موته شيأ لا السبب ولا الشرط ليرد عليه فعله فلم يصر فارا وقوله المعلق بالشرط يجعل منجزا عند الشرط ممنوع بل يقع الطلاق بالكلام السابق من غير ان يقدر باقيا الى وقت وجود الشرط على ما عرف فى مسائل الخلاف وكذا ان كان بفعل أجنبى سواء كان منه بد كقدوم زيد أو لا بد منه كالصلاة المفروضة والصوم المفروض ونحوهما لما قلنا انه لم يوجد من الزوج صنع فى المرض لا بمباشرة السبب ولا بمباشرة الشرط وان كان بفعل نفسه ترث سواء كان فعلا له منه بد كما اذا قال لها ان دخلت الدار فانت طالق أو لا بد منه كما اذا قال ان صليت أنا الظهر فانت طالق لانه باشر شرط بطلان حقها فصار متعديا عليها مضرا بها لمباشرة الشرط فيرد عليه رفعا للضرر عنها لان العذر لا يعتبر فى موضع التعدى والضرر كمن أتلف مال غيره نائما أو خطأ أو أصابته مخمصة فأكل طعام غيره حتى يجب عليه الضمان ولم يجعل معذورا فى مباشرة الفعل الذى لا بد له منه لما قلنا كذا هذا وان كان بفعل المرأة فان كان فعلا لها منه بد كدخول الدار وكلام زيد ونحو ذلك لا ترث لانها رضيت ببطلان حقها حيث باشرت شرط البطلان من غير ضرورة وان كان فعلا لا بد لها منه كالاكل والشرب والصلاة المفروضة والصوم المفروض وحجة الاسلام وكلام أبويها واقتضاء الديون من غريمها فانها ترث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا ترث وكذا اذا علق بدخول دار لا غنى لها عن دخولها فهو على هذا الخلاف كذا روى عن أبى يوسف وجه قول محمد انه لم يوجد من الزوج مباشرة بطلان حقها ولا شرط البطلان فلا يصير فارا كما لو علق بامر سماوى أو بفعل أجنبى أو بفعلها الذى لها منه بد وجه قولهما ان المرأة فيما فعلت من الشرط عاملة للزوج من وجه لان منفعة عملها عائدة عليه لانه منعها عما لو امتنعت عنه لحق الزوج مأثم فاذا لم تمتنع وفعلت لم يلحقه مأثم فكانت منفعة فعلها عائدة عليه فجعل ذلك فعلا له من وجه فوجب ابطال فعله صيانة لحقها ومن الوجه الذى بقى مقصورا عليها ليس بدليل للرضا لانها فعلته مضطرة لدفع العقوبة عن نفسها فى الآخرة لا برضاها وقالوا فيمن فوض طلاق امرأته الى الاجنبى فى الصحة فطلقها فى المرض ان التفويض ان كان على وجه لا تملك

عزله عنه بان ملكه الطلاق لا ترث لانه لما لم يقدر على فسخه بعد مرضه صار الايقاع فى المرض كالايقاع فى الصحة وان كان التفويض على وجه يمكنه العزل عنه فطلق فى المرض ورثت لانه لما أمكنه عزله بعد مرضه فلم يفعل وصار كانه انشأ التوكيل فى المرض لان الاصل فى كل تصرف غير لازم ان يكون لبقائه حكم الابتداء والله عز وجل الموفق وعلى هذا اذا قال فى صحته لامرأته ان لم آت البصرة فانت طالق ثلاثا فلم يأتها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بعدم اتيانه البصرة فلما بلغ الى حالة وقع اليأس له عن اتيانه البصرة فقد تحقق العدم وهو مريض فى ذلك الوقت فقد باشر شرط بطلان حقها فى الميراث فصار فارا فترثه وان ماتت هى وبقى الزوج ورثها لانها ماتت وهى زوجته لان الطلاق لم يقع لعدم شرط الوقوع وهو عدم اتيانه البصرة لجواز ان يأتيها بعد موتها فلم يقع الطلاق فماتت وهى زوجته فيرثها ولو قال لها ان لم تأت البصرة فانت طالق ثلاثا فلم تأتها حتى مات الزوج ورثته لانه مات وهو زوجها لعدم وقوع الطلاق لانعدام شرط وقوعه لانها ما دامت حية يرجى منها الاتيان وان ماتت هى وبقى الزوج لم يرثها لانه لم يوجد منها سبب الفرقة فى مرضها فلم تصر فارة فلا يرثها ولو قال لها ان لم أطلقك فانت طالق ثلاثا فلم يطلقها حتى مات ورثته لانه علق طلاقها بشرط عدم التطليق منه وقد تحقق العدم اذا صار الى حالة لا يتأتى منه التطليق وهو مريض فى تلك الحالة فيصير فارا بمباشرة شرط بطلان حقها فترثه ولو ماتت هى وبقى الزوج لم يرثها لانها لم تصر فارة لانعدام سبب الفرقة منها فى مرضها فلا يرثها وكذلك لو قال لها ان لم أتزوج عليك فانت طالق ثلاثا فلم يفعل حتى مات ورثته وان ماتت هى وبقى الزوج لم يرثها لما ذكرنا فى الحلف بالطلاق ولو قال لامرأتين له فى صحته احداكما طالق ثم مرض فعين الطلاق فى احداهما ثم مات ورثته المطلقة لان وقوع الطلاق المضاف الى المبهم معلق بشرط البيان هو الصحيح لما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والصحيح اذا علق طلاق امرأته بفعل فنعل فى مرضه فنها ترثه والله عز وجل اعلم وقالوا فيمن قال فى صحته لامتين تحته احداكما طالق ثنتين فاعتقتا ثم اختار الزوج أن يوقع على احداهما فى مرضه فلا ميراث للمطلقة ولا يملك الزوج الرجعة وهو الجواب عن قول من يقول ان الطلاق واقع فى المعين والبيان تعيين من وقع عليه الطلاق لا شرط وقوع الطلاق ويقال انه قول محمد لان الايقاع والوقوع حصلا فى حال لا حق لواحدة منهما وهى حالة الصحة فلا ترث ولا يملك الزوج الرجعة لان الايقاع صادفها وهى أمة وطلاق الامة ثنتان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتثبت الحرمة الغليظة فلا يملك الرجعة وأما على قول من يقول الطلاق غير واقع للحال بل معلق وقوعه بالاختيار وهو تفسير الايقاع فى الذمة ويقال انه قول أبى يوسف فينبغى أن ترث ويملك الرجعة لان وقوع الطلاق تعلق بشرط اختياره والصحيح اذا علق طلاق امرأته بفعله ففعل وهو مريض ثم مات وهو فى العدة ترثه سواء كان فعلا له منه بد أو لا بد له منه كما اذا قال وهو صحيح ان دخلت أنا الدار فانت طالق فدخلها وهو مريض يملك الرجعة لان الطلاق واقع عليها وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة فيملك مراجعتها ولو كانت احداهما حرة فقال فى صحته احداكما طالق ثنتين فعتقت الامة ثم مرض الزوج فبين الطلاق فى الامة فالطلاق رجعى وللمطلقة الميراث فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد ثم رجع أبو يوسف وقال اذا اختار أن يوقع على التى كانت أمة فانها لا تحل له الا بعد زوج وذكر هذه المسئلة فى الزيادات وقال فى جوابها انها لا تحل له الا بعد زوج ولها الميراث ولم يذكر خلافا واختلاف الجواب بناء على اختلاف الطريق فمن جعل الطلاق واقعا فى الجملة وجعل البيان تعيين من وقع عليه الطلاق يقول لا يملك الرجعة لانه وقع الطلاق عليها وهى أمة فحرمت حرمة غليظة وكان ينبغى أن لا ترث لان الايقاع والوقوع كل ذلك وجد فى حال الصحة لانه انما قال بالتوريث لكون الزوج متهما فى البيان لجواز انه كان فى قلبه الاخرى وقت الطلاق فبين فى هذه فكان متهما فى البيان فترث فاما من لا يرى الطلاق واقعا قبل الاختيار يقول يملك الرجعة لان الطلاقين وقعا وهى حرة فلا تحرم حرمة غليظة وترث لان الطلاق رجعى وان كان التعليق فى المرض والشرط فى الصحة بان طلقها ثلاثا أو بائنا

وهومريض ثم صح ثم مات لم ترث لانه لما صح تبين ان ذلك المرض لم يكن مرض الموت فلم يوجد الايقاع ولا الشرط في المرض فكان هذا والايقاع في حال الصحة سواء ولهذا كان هذا المرض والصحة سواء في جميع الاحكام وأما وقت الاستحقاق فهو وقت مرض الموت عندنا لما ذكرنا فيما تقدم فلا بدمن معرفة مرض الموت لتفريق الاحكام المتعلقة به فنقول و بالله التوفيق ذكر الكرخي ان المريض مرض الموت هو الذي أضناه المرض وصار صاحب فراش فأما اذا كان يذهب و يجيء وهو مع ذلك يحم فهو بمنزلة الصحيح وذكر الحسن بن زياد عن أبي حنيفة المريض الذي اذا طلق امرأته كان فارا هو أن يكون مضنى لا يقوم الا بشدة وهو في حال يعذر في الصلاة جالسا والحاصل ان مرض الموت هو الذي يخاف منه الموت غالبا و يدخل في هذه العبارة ما ذكره الحسن عن أبي حنيفة وما ذكره الكرخي لانه اذا كان مضنى لا يقدر على القيام الا بشدة يخشى عليه الموت غالبا وكذا اذا كان صاحب فراش وكذا اذا كان يذهب و يجيء ولا يخشى عليه الموت غالبا وان كان يحم فلا يكون ذلك مرض الموت وكذلك صاحب الفالج والسل والنقرس ونحوها اذا طال به ذلك فهو في حكم الصحيح لان ذلك اذا طال لا يخاف منه الموت غالبا فلم يكن مرض الموت الا اذا تغير حاله من ذلك ومات من ذلك التغير فيكون حال التغير مرض الموت لانه اذا تغير يخشى منه الموت غالبا فيكون مرض الموت وكذا الزمن والمقعد و يابس الشق وعلى هذا قالوا في المحصور والواقف في صف القتال ومن وجب عليه القتل في حد أو قصاص فحبس ليقتل انه كالصحيح لانه ليس الغالب من هذه الاحوال الموت فان الانسان يتخلص منها غالبا لكثرة أسباب الخلاص ولو قدم ليقتل أو بارز قرنه وخرج من الصف فهو كالمريض اذ الغالب من هذه الحالة الهلاك فترتب عليه أحكام المريض اذا مات في ذلك الوجه ولو كان في السفينة فهو كالصحيح الا اذا هاجت الامواج فيصير في حكم المريض في تلك الحالة لانه يخشى عليه منها الموت غالبا ولو أعيد المخرج الى القتل أو الى الحبس أو رجع المبارز بعد المبارزة الى الصف أو سكن الموج صار في حكم الصحيح كالمريض اذا برأ من مرضه والمرأة اذا ما أخذها الطلق فهي في حكم المريض اذا ماتت من ذلك لان الغالب منه خوف الهلاك واذا سلمت من ذلك فهي في حكم الصحيح كما اذا كانت مريضة ثم صحت ولو طلقها وهو مريض ثم صح وقام من مرضه وكان يذهب و يجيء و يقوى على الصلاة قائما ثم نكس فعاد الى حالته التي كان عليها ثم مات لم ترثه في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر ترثه وجه قوله ان وقت تعلق الحق بالارث و وقت الموت وقت ثبوت الارث والمرض قد أحاط بالوقتين جميعا فانقطاعه فيما بين ذلك لا يعتبر لانه ليس وقت التعليق ولا وقت الارث ولنا انه لما صح بعد المرض تبين ان ذلك لم يكن مرض الموت فلم يوجد الطلاق في حال المرض فلا ترث والله عز وجل اعلم وأما الذي يخص الطلاق المبهم فهو أن يكون لفظ الطلاق مضافا الى مجهولة فجملة الكلام فيه ان الجهالة اما ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة أما الجهالة الاصلية فهي أن يكون لفظ الطلاق من الابتداء مضافا الى المجهول وجهالة المضاف اليه يكون لمزاحمة غيره اياه في الاسم والمزاحم اياه في الاسم لا يخلو اما أن يكون محتملا للطلاق واما أن لا يكون محتملا له والمحتمل للطلاق لا يخلو اما أن يكون ممن يملك الزوج طلاقه أولا يملك طلاقه فان كان ممن يملك طلاقه صحت الاضافة بالاجماع نحو أن يقول لنسائه الاربع احداكن طالق ثلاثا أو يقول لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا والكلام فيه يقع في موضعين أحدهما في بيان كيفية هذا التصرف أعني قوله لامرأتيه احداكما طالق والثاني في بيان الاحكام المتعلقة به أما الاول فقد اختلف مشايخنا في كيفية هذا التصرف قال بعضهم هو ايقاع الطلاق في غير المعين على معنى انه يقع الطلاق للحال في واحدة منهما غير عين واختيار الطلاق في احداهما و بيان الطلاق فيها تعيين لمن وقع عليها الطلاق و يقال ان هذا قول محمد وقال بعضهم هو ايقاع الطلاق معلقا بشرط البيان معنى ومعناه ان قوله احداكما طالق ينعقد سببا للحال لوقوع الطلاق عند البيان والاختيار لا للحال بمنزلة تعليق الطلاق بسائر الشروط من دخول الدار وغير دغير ان هناك الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا يدخل على الحكم لا على السبب كما في البيع بشرط الخيار فاذا

اختار

اختار طلاق احداهما فقد وجد شرط وقوع الطلاق في حقها فيقع الطلاق عليها بالكلام السابق عند وجود شرط الوقوع وهو الاختيار كأنه علقه به نصا فقال ان اخترت طلاق احداكما فهي طالق ويقال ان هذا قول أبي يوسف والمسائل متعارضة في الظاهر بعضها يؤيد القول الاول وبعضها ينصر القول الثاني ونحن نشير الى ذلك ههنا ونذكر وجه كل واحد من القولين وترجيح أحدهما على الآخر وتخريج المسائل عليه في كتاب العتاق ان شاء الله تعالى وقال بعضهم البيان اظهار من وجه وانشاء من وجه وزعموا ان المسائل تخرج عليه وانه كلام لا يعقل بل هو محال والبناء على المحال محال وأما الاحكام المتعلقة به فنوعان نوع يتعلق به في حال حياة الزوج ونوع يتعلق به بعد مماته أما النوع الاول فنقول اذا قال لامرأتيه احداكما طالق ثلاثا فله خيار التعيين يختار أيهما شاء للطلاق لانه اذا ملك الابهام ملك التعيين ولو خاصمتاه واستعدتا عليه القاضي حتى يبين اعدى عليه وكلفه البيان ولو امتنع أجبره عليه بالحبس لان لكل واحدة منهما حقا اما استيفاء حقوق النكاح منه واما التوصل الى زوج آخر وحق الانسان يجب ايفاؤه عند طلبه واذا امتنع من عليه الحق يجبره القاضي على الايفاء وذلك بالبيان ههنا فكان البيان حقها لكونه وسيلة الى حقها ووسيلة حق الانسان حقه والجبر على البيان يؤيد القول الاول لان الوقوع لو كان معلقا بشرط البيان لما أجبر اذ الحالف لا يجبر على تحصيل الشرط ولان البيان اظهار الثابت واظهار الثابت ولا ثابت محال ثم البيان نوعان نص ودلالة اما النص فنحو أن يقول اياها عنيت أو نويت أو أردت أو ما يجري مجرى هذا ولو قال احداكما طالق ثلاثا ثم طلق احداهما عينا بأن قال لها أنت طالق وقال أردت به بيان الطلاق الذي لزمني لا طلاقا مستقبلا كان القول قوله لان البيان واجب عليه وقوله أنت طالق يحتمل البيان لانه ان جعل انشاء في الشرع لكنه يحتمل الاخبار فيحتمل البيان اذ هو اخبار عن كائن وهذا أيضا ينصر القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا لم يصدق في ارادة البيان للواقع وأما الدلالة فنحو أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان نحو أن يطأ احداهما أو يقبلها أو يطلقها أو يحلف بطلاقها أو يظاهر منها لان ذلك كله لا يجوز الا في المنكوحة فكان الاقدام عليه تعيينا لهذه بالنكاح واذا تعينت هي للنكاح تعينت الاخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم واذا كن أربعا أو ثلاثا تعينت الباقيات لبيان الطلاق في واحدة منهن نصا أو دلالة بالفعل أو بالقول بان يطأ الثانية والثالثة فتتعين الرابعة للطلاق أو يقول هذه منكوحة وهذه الرابعة ان كن أربعا وان كن ثلاثا تتعين الثالثة للطلاق بوطء الثانية أو بقوله للثانية هذه منكوحة وكذلك اذا ماتت احداهما قبل البيان طلقت الباقية لان التي ماتت خرجت عن احتمال البيان فيها لان الطلاق يقع عند البيان وقد خرجت عن احتمال الطلاق فخرجت عن احتمال البيان فتعينت الباقية للطلاق وهذا يؤيد القول الثاني لان الطلاق لو كان وقع في غير المعين لما افترقت الحال في البيان بين الحياة والموت اذ هو اظهار ما كان فرق بين هذا وبين ما اذا باع أحد عبديه على ان المشتري بالخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فمات أحدهما قبل البيان انه لا يتعين الباقي منهما للبيع بل يتعين الميت للبيع ويصير المشتري مختارا للبيع في الميت قبيل الموت ويجب عليه رد الباقي الى البائع ووجه الفرق ان هناك وجد المبطل للخيار قبيل الموت وهو حدوث عيب لم يكن وقت الشراء وهو المرض اذ لا يخلو الانسان عن مرض قبيل الموت عادة وحدوث العيب في المبيع الذي فيه خيار مبطل للخيار فبطل الخيار قبيل الموت ودخل العبد في ملك المشتري فتعين الآخر للرد ضرورة وهذا المعنى لم يوجد في الطلاق لان حدوث العيب في المطلقة لا يوجب بطلان الخيار ولو ماتت احداهما قبل البيان فقال الزوج اياها عنيت لم يرثها وطلقت الباقية لانها كما ماتت تعينت الباقية للطلاق فاذا قال عنيت الاخرى فقد أراد صرف الطلاق عن الباقية فلا يصدق فيه ويصدق في ابطال الارث لان ذلك حقه والانسان في اقراره بابطال حق نفسه مصدق لانتفاء التهمة وكذلك اذا ماتتا جميعا او احداهما بعد الاخرى ثم قال عنيت التي ماتت أولا لم يرث منهما أما من الثانية فلتعينها للطلاق بموت الاولى وأما من الاولى فلاقراره انه لا حق له في ميراثها وهو مصدق على نفسه ولو ماتتا جميعا بان سقط عليهما حائط

أو غرقا يرث من كل واحدة منهما نصف ميراثها لانه لا يستحق ميراث كل واحدة منهما فى حال ولا يستحقه فى حال فيتنصف كما هو أصلنا فى اعتبار الاحوال وكذلك اذا ماتتا جميعا أو واحداهما بعد الاخرى لكن لا يعرف التقدم والتأخر فهذا بمنزلة موتهما معا ولو ماتتا معا ثم عين احداهما بعد موتهما وقال اياها عنيت لا يرث منها ويرث من الاخرى نصف ميراث زوج لانهما لما ماتتا فقد استحق من كل واحدة منهما نصف ميراث لما بينا فاذا أراد احداهما عينا فقد أسقط حقه من ميراثها وهو النصف فيرث من الاخرى النصف ولو ارتدتا جميعا قبل البيان فانقضت عدتهما أو باتتا لم يكن له أن يبين الطلاق الثلاث فى احداهما أما البينونة فلان الملك قد زال من كل وجه بالردة وانقضاء العدة واذا زال الملك لا يملك البيان وهذا يدل على ان الطلاق لم يقع قبل البيان اذ لو وقع لصح البيان بعد البينونة لان البيان حينئذ يكون تعيين من وقع عليه الطلاق فلا تفتقر صحته الى قيام الملك ولو كانتا رضيعتين فجاءت امرأة فارضعتهما قبل البيان باتتا وهذا دليل ظاهر على صحة القول الثانى لانه لو وقع الطلاق على احداهما لصارت أجنبية فلا يتحقق الجمع بين الاختين بالرضاع نكاحا فينبغى أن لا تبينا وقد باتتا واذا باتتا بالرضاع لم يكن له أن يبين الطلاق فى احداهما لما قلنا وهو دليل على ما قلنا ولو بين الطلاق فى احداهما تجب عليها العدة من وقت البيان كذا روى عن أبى يوسف حتى لو راجعها بعد ذلك تصح رجعته وكذا اذا بين الطلاق فى احداهما وقد كانت حاضت قبل البيان ثلاث حيض لا تعتد بما حاضت قبله وتستأنف العدة من وقت البيان وهذا يدل على ان الطلاق لم يكن واقعا قبل البيان وروى عن محمد انه تجب العدة من وقت الارسال وتنقضى اذا حاضت ثلاث حيض من ذلك الوقت ولا تصح الرجعة بعد ذلك وهذا يدل على ان الطلاق نازل فى غير المعين ومن هذا حقق القدورى الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى كيفية هذا التصرف على ما ذكرنا من القولين واستدل على الخلاف بمسئلة العدة ولو قال لامرأتين له احداكما طالق واحدة والاخرى طالق ثلاثا فحاضت احداهما ثلاث حيض بانت بواحدة والاخرى طالق ثلاثا لان كل واحدة منهما مطلقة الا أن احداهما بواحدة والاخرى بثلاث فاذا حاضت احداهما ثلاث حيض فقد زال ملكه عنها بيقين فخرجت عن احتمال بيان الثلاث فيها فتعينت الاخرى للثلاث ضرورة ولو كان تحته أربع نسوة لم يدخل بهن فقال احداكن طالق ثلاثا ثم تزوج أخرى جاز له وان كن مدخولا بهن فتزوج أخرى لم يجز وهذا حجة القول الاول لان الطلاق لو لم يكن واقعا فى احداهن لما جاز نكاح امرأة أخرى فى فصل الاول لانه يكون نكاح الخامسة ولجاز فى فصل الثانى لانه يكون نكاح الرابعة ولما كان الامر على القلب من ذلك دل ان الطلاق لم يكن واقعا قبل البيان ولو قال لامرأتين له فى الصحة احداكما طالق ثم بين فى احداهما فى مرضه يصير فارا وترثه المطلقة مع المنكوحة ويكون الميراث بينهما نصفين وهذا حجة القول الثانى لان الطلاق لو كان واقعا فى احداهما غير عين لكان وقوع الطلاق فى الصحة فينبغى أن لا يصير فارا كما اذا طلق واحدة منهما عينا والله عز وجل أعلم وأما الذى يتعلق به بعد موت الزوج فانواع ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة اذا مات قبل البيان أما حكم المهر فان كانتا مدخولا بهما فلكل واحدة منهما جميع المهر لان كل واحدة منهما تستحق جميع المهر منكوحة كانت أو مطلقة أما المنكوحة فلا شك فيها وأما المطلقة فلانها مطلقة بعد الدخول وان كانتا غير مدخول بهما فلهما مهر ونصف مهر بينهما لكل واحدة منهما ثلاثة أرباع المهر لان كل واحدة منهما يحتمل أن تكون منكوحة ويحتمل أن تكون مطلقة فان كانت منكوحة تستحق جميع المهر لان الموت بمنزلة الدخول وان كانت مطلقة تستحق النصف لان النصف قد سقط بالطلاق قبل الدخول فلكل واحدة منهما كل المهر فى حال والنصف فى حال وليست احداهما بأولى من الاخرى فيتنصف فيكون لكل واحدة ثلاثة أرباع مهر هذا اذا كان قد سمى لهما مهرا فان كان لم يسم لهما مهرا فلهما مهر ومتعة بينهما لان كل واحدة منهما ان كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال المتعة فكل واحدة منهما تستحق كمال مهر المثل فى حال ولا تستحق شيأ من مهر المثل فى حال وكذا المتعة فتتنصف كل واحدة

منهما

منهما فيكون لهما مهر ومتعة بينهما الكل واحدة منهما نصف مهر المثل ونصف متعة وان كان سمى لاحداهما مهرا ولم
يسم للاخرى فللمسمى لها ثلاثة أرباع المهر وللتي لم يسم لها مهرا نصف مهر المثل لان المسمى لها اذا كانت منكوحة فلها
جميع المسمى وان كانت مطلقة فلها النصف فيتنصف كل ذلك فيكون لها ثلاثة أرباع المهر المسمى والتي لم يسم لها ان
كانت منكوحة فلها جميع مهر المثل وان كانت مطلقة فليس لها من مهر المثل شيء فتستحقت في حال ولم تستحق
شيأ منه في حال فيكون لها نصف مهر المثل والقياس ان يكون لها نصف المتعة أيضا وهو قول زفر وفي الاستحسان
ليس لها الا نصف مهر المثل (وجه) القياس انها ان كانت منكوحة فلها كمال مهر المثل وان كانت مطلقة فلها كمال
المتعة فكان لها كمال مهر المثل في حال وكمال المتعة في حال فيتنصف كل واحد منهما فيكون لها نصف مهر مثلها ونصف
متعتها وجه الاستحسان ان نصف مهر المثل اذا وجب لها امتنع وجوب المتعة لان المتعة بدل عن نصف مهر المثل
والبدل والمبدل لا يجتمعان هذا اذا كانت المسمى لها مهر المثل معلومة فان لم تكن معلومة فلها مهر وربع مهر اذا كان
مهر مثلها سواء ويكون بينهما لان كل واحدة منهما يحتمل أن تكون هي المسمى لها المهر فيكون لها ثلاثة أرباع المهر
لما ذكرنا ويحتمل ان تكون غير المسمى لها المهر فيكون لها نصف مهر المثل ففي حال يجب ثلاثة أرباع المهر وفي حال
يجب نصف المهر فيتنصف كل ذلك فيكون لهما مهر وربع مهر بينهما الكل واحدة منهما نصف مهر وثمن مهر نصف
مهر المسمى وثمن مهر المثل ولا تجب المتعة استحسانا والقياس ان تجب نصف المتعة أيضا ويكون بينهما وهو قول زفر
وجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وهذه المسائل تدل على ان الطلاق قد وقع
في احداهما غير عين وقت الارسال حيث شاع فيهما بعد الموت اذ الواقع يشيع والله عز وجل الموفق وأما حكم
الميراث فهو أنهما يرثان منه ميراث امرأة واحدة ويكون بينهما نصفين في الاحوال كلها لان احداهما منكوحة بيقين
وليست احداهما باولى من الاخرى فيكون قدر ميراث امرأة واحدة بينهما فان كان للزوج امرأة أخرى سواهما لم
يدخلها في الطلاق فلها نصف ميراث النساء ولهما النصف لانه لا يزاحمها الا واحدة منهما لان المنكوحة واحدة منهما
والاخرى مطلقة فكان لها النصف ثم النصف الثاني يكون بين الاخريين نصفين اذ ليست احداهما باولى من
الاخرى وأما حكم العدة فعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة وعدة الطلاق لان احداهما منكوحة والاخرى مطلقة
وعلى المنكوحة عدة الوفاة لا عدة الطلاق وعلى المطلقة عدة الطلاق لا عدة الوفاة فدارت كل واحدة من العدتين في حق
كل واحدة من المرأتين بين الوجوب وعدم الوجوب والعدة يحتاط في ايجابها ومن الاحتياط القول بوجوبها على كل
واحدة منهما والله تعالى الموفق وان كان ممن لا يملك طلاقها لا تصح الاضافة بالاجماع بان جمع بين امرأته وبين أجنبية
فقال احداكما طالق حتى لا تطلق زوجته لان هذا الكلام يستعمل للانشاء ويستعمل للاخبار ولو حمل على الاخبار
لصح لانه خبر ان احداهما طالق والامر على ما أخبر ولو حمل على الانشاء لم يصح لان احداهما وهي الاجنبية لا تحتمل
الانشاء لعدم النكاح ولا طلاق قبل النكاح على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان حمله على الاخبار أولى
هذا اذا كان المزاحم في الاسم محتملا للطلاق فاما اذا لم يكن نحو ما اذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بهيمة فقال احداكما
طالق فهل تصح الاضافة اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف تصح حتى يقع الطلاق على امرأته وقال محمد لا تصح
ولا تطلق امرأته وجه قوله ان الجمع بين المنكوحة وغير المنكوحة يوجب شكا في ايقاع الطلاق على المنكوحة كما لو
جمع بين امرأته وبين أجنبية وقال احداكما طالق فلا يقع مع الشك ولهما أنه اذا جمع بين من يحتمل الطلاق وبين من لا
يحتمل الطلاق في الاسم وأضاف الطلاق اليهما فالظاهر انه أراد به من يحتمل الطلاق لا من لا يحتمل الطلاق لان
اضافة الطلاق الى من لا يحتمله سفه فتنصرف مطلق الاضافة الى زوجته بدلالة الحال بخلاف ما اذا جمع بينها وبين
أجنبية لان الاجنبية محتملة للطلاق في الجملة وهي محتملة للطلاق في حال الاخبار ان كانت لا تحتمله انشاء وفي
الصرف الى الاخبار صيانة كلامه عن اللغو فصرف اليه ولو جمع بين زوجته وبين رجل فقال احداكما طالق لم يصح

فى قول أبى حنيفة حتى لا تطلق زوجته وقال أبو يوسف يصح وتطلق زوجته وجه قول أبى يوسف أن الرجل لا يحتمل الطلاق ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنا منك طالق لم يصح فصار كما اذا جمع بين امرأته وبين حجر أو بهيمة وقال احداكما طالق ولابى حنيفة ان الرجل يحتمل الطلاق فى الجملة ألا ترى أنه يحتمل البينونة حتى لو قال لامرأته أنا منك بائن ونوى الطلاق يصح والابانة من ألفاظ الطلاق فان الطلاق نوعان رجعى وبائن واذا كان محتملا للطلاق فى الجملة حمل كلامه على الاخبار كما اذا جمع بينها وبين أجنبية وقال احداكما طالق ولو جمع بين امرأته وبين امرأة ميتة فقال أنت طالق أو هذه وأشار الى الميتة لم تصح الاضافة بالاجماع حتى لا تطلق زوجته الحية لان الميتة من جنس ما يحتمل الطلاق وقد كانت محتملة للطلاق قبل موتها فصار كما لو جمع بينها وبين أجنبية والله عز وجل الموفق وأما الجهالة الطارئة فهى أن يكون الطلاق مضافا الى معلومة ثم تجهل كما اذا طلق الرجل امرأة بعينها من نسائه ثلاثا ثم نسى المطلقة والكلام فى هذا الفصل فى موضعين أيضا أحدهما فى بيان كيفية هذا التصرف والثانى فى بيان أحكامه أما الاول فلا خلاف فى أن الواحدة منهن طالق قبل البيان لانه أضاف الطلاق الى معينة وانما طرأت الجهالة بعد ذلك والمعينة محل لوقوع الطلاق فيكون البيان ههنا اظهارا أو تعيينا لمن وقع عليها الطلاق وأما الاحكام المتعلقة به فنوعان أيضا على نحو ما مر أما الذى يتعلق به فى حال حياة الزوج فهو أنه لا يحل له أن يطأ واحدة منهن حتى يعلم التى طلق فيجتنبها لان احداهن محرمة بيقين وكل واحدة منهما يحتمل أن تكون هى المحرمة فلو وطئ واحدة منهما وهو لا يعلم بالمحرمة فربما وطئ المحرمة والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك ولا يجوز أن تطلق واحدة منهن بالتحرى والاصل فيه أن كل ما لا يباح عند الضرورة لا يجوز فيه التحرى والفرج لا يباح عند الضرورة فلا يجوز فيه التحرى بخلاف الذكية اذا اختلطت بالميتة أنه يجوز التحرى فى الجملة وهى ما اذا كانت الغلبة للذكية عندنا لان الميتة مما تباح عند الضرورة فان جحدت كل واحدة منهن أن تكون المطلقة فاستعدين عليه الحاكم فى النفقة والجماع اعدى عليه وحبسه على بيان التى طلق منهن وألزمه النفقة لهن لان لكل واحدة منهن حق المطالبة بحقوق النكاح ومن عليه الحق اذا امتنع من الايفاء مع قدرته عليه يحبس كمن امتنع من قضاء دين عليه وهو قادر على قضائه فيحبسه الحاكم ويقضى بنفقتهن عليه لان النفقة من حقوق النكاح فان ادعت كل واحدة منهن أنها هى المطلقة ولا بينة لها وجحد الزوج فعليه اليمين لكل واحدة منهن لان الاستحلاف للنكول والنكول بذل أو اقرار والطلاق يحتمل البذل والاقرار فيستحلف فيه فان أبى أن يحلف فرق بينه وبينهن لانه بذل الطلاق لكل واحدة منهن أو أقر به والطلاق يحتمل كل واحدة منهن وان حلف لهن لا يسقط عنه البيان بل لا بد أن يبين لان الطلاق لا يرتفع باليمين فبقى على ما كان عليه فيؤخذ بالبيان وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال اذا كانتا امرأتين فحلف للاولى طلقت التى لم يحلف لها لانه لما أنكر للاولى أن تكون مطلقة تعينت الاخرى للطلاق ضرورة وان لم يحلف للاولى طلقت لانه بالنكول بذل الطلاق لها أو أقر به فان تشاحتا على اليمين حلف لهما جميعا بالله تعالى ما طلق واحدة منهما لانهما استويا فى الدعوى ويمكن ايفاء حقهما فى الحلف فيحلف لهما جميعا فان حلف لهما جميعا حجب عنهما حتى يبين لان احداهما قد تعينت مطلقة بعد الحلف اذ الطلاق لا يرتفع باليمين فكانت احداهما محرمة فلا يمكن منها الى أن يبين فان وطئ احداهما فالتى لم يطأها مطلقة لان فعله محمول على الجواز ولا يجوز الا بالبيان فكان الوطء بيانا أن الموطوءة منكوحة فتعينت الاخرى للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم كما لو قال احداكما طالق ثم وطئ احداهما واذا طلق واحدة من نسائه بعينها فنسيها ولم يتذكر فينبغى فيما بينه وبين الله تعالى أن يطلق كل واحدة منهن تطليقة رجعية ويتركها حتى تنقضى عدتها فتبين لانه لا يجوز له أن يمسكهن فيقرب من جميعهن لان احداهن محرمة بيقين ولا يجوز له أن يطأ واحدة منهن بالتحرى لانه لا مدخل للتحرى فى الفرج ولا يجوز له أن يتركهن بغير بيان لما فيه من الاضرار بهن بابطال حقوقهن من هذا الزوج ومن غيره

بالنكاح اذ لايحل لهن النكاح لان كل واحدة منهن يحتمل أن تكون منكوحة فيوقع على كل واحدة منهن تطليقة رجعية ويتركها حتى تنقضى عدتها فتبين واذا انقضت عدتهن وبن فراد أن يتزوج الكل فى عقدة واحدة قبل أن يتزوجن لم يجز لان واحدة منهن مطلقة ثلاثة بيقين وان أراد أن يتزوج واحدة منهن فلا حسن أن لا يتزوجها الا بعد أن يتزوجن كلهن بزوج آخر لجواز أن تكون التى يتزوجها هى المطلقة ثلاثا فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فاذا تزوجن بغيره فقد حللن بيقين فلو أنه تزوج واحدة منهن قبل أن يتزوجن بغيره جاز نكاحها لان فعله يحمل على الجواز والصحة ولا يصح الا بالبيان فكان اقدامه على نكاحها بيانا أنها ليست بمطلقة بل هى منكوحة وكذا اذا تزوج الثانية والثالثة جاز لما قلنا وتعينت الرابعة للطلاق ضرورة انتفاء المزاحم وكذا اذا كانتا اثنتين فتزوج احداهما تعينت الاخرى للطلاق لانا نحمل نكاح التى تزوجها على الجواز ولا جواز له الا بتعيين الاخرى للطلاق فتتعين الاخرى للطلاق ضرورة هذا اذا كان الطلاق ثلاثا فان كان بائنا ينكحهن جميعا نكاحا جديدا ولا يحتاج الى الطلاق وان كان رجعيا يراجعهن جميعا واذا كان الطلاق ثلاثا فماتت واحدة منهن قبل البيان فلا حسن أن لا يطأ الباقيات الا بعد بيان المطلقة لجواز أن تكون المطلقة فيهن وان وطئهن قبل البيان جاز لان فعل العاقل المسلم يحمل على وجه الجواز ما أمكن وههنا أمكن بان يحمل فعله على أنه تذكر أن الميتة كانت هى المطلقة اذ البيان فى الجهالة الطارئة اظهار وتعيين لمن وقع عليها الطلاق بلا خلاف فلا تكون حياتها شرطا لجواز بيان الطلاق فيها واذا تعينت هى للطلاق تعينت الباقيات للنكاح فلا يمتنع من وطئهن بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن أنها لا تتعين للطلاق لان الطلاق هناك يقع عند وجود الشرط وهو البيان مقتصرا عليه والمحل ليس بقابل لوقوع الطلاق وقت البيان ثم البيان ضربان نص ودلالة أما النص فهو أن يبين المطلقة نصا فيقول هذه هى التى كنت طلقتها وأما الدلالة فهى أن يفعل أو يقول ما يدل على البيان مثل أن يطأ واحدة أو يقبلها أو يطلقها أو يحلف بطلاقها أو يظاهر منها فان كانتا اثنتين تعينت الاخرى للطلاق لان فعله أو قوله يحمل على الجواز ولا يجوز الا بتعيين الاخرى للطلاق فكان الاقدام عليه تعيينا للاخرى للطلاق ضرورة وكذا اذا قال هذه منكوحة وأشار الى احداهما تتعين الاخرى للطلاق ضرورة وكذا اذا قال هذه منكوحة وان كن أربعا أو ثلاثا تعينت الباقيات لكون المطلقة فيهن فتتعين بالبيان نصا أو دلالة بالفعل أو بالقول على ما مر بيانه فى الفصل الاول ولو كن أربعا ولم يكن دخل بهن فتزوج أخرى قبل البيان جاز لان الطلاق واقع فى احداهن فكان هذا نكاح الرابعة فلا يتحقق الجمع بين الخمس فيجوز وان كن مدخولا بهن لا يجوز لانه يتحقق الجمع لقيام النكاح من وجه لقيام العدة ولو كان الطلاق فى الصحة فبين فى واحدة منهن فى مرضه ثم مات لم ترثه لان البيان ههنا اظهار وتعيين لمن وقع عليه الطلاق والوقوع كان فى الصحة فلا ترث بخلاف الفصل الاول ( واما ) الذى يتعلق به بعد موت الزوج فأحكامه ثلاثة حكم المهر وحكم الميراث وحكم العدة وقد بيناها فى الفصل الاول والفصلان لا يختلفان فى هذه الاحكام فما عرفت من الجواب فى الاول فهو الجواب فى الثانى والله تعالى أعلم

## ﴿ كتاب الظهار ﴾

يحتاج فى هذا الكتاب الى معرفة ركن الظهار والى معرفة شرائط الركن والى معرفة حكم الظهار والى معرفة ما ينتهى به حكمه والى معرفة كفارة الظهار أما ركن الظهار فهو اللفظ الدال على الظهار والاصل فيه قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أمى يقال ظاهر الرجل من امرأته واظاهر وتظاهر وأظهر وتظهر أى قال لها أنت على كظهر أمى ويلحق به قوله أنت على كبطن أمى أو كفخذ أمى أو كفرج أمى ولان معنى الظهار تشبيه الحلال بالحرام ولهذا وصفه الله تعالى بكونه منكرا من القول وزورا فقال سبحانه وتعالى فى آية الظهار وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا وبطن الام وفخذها فى الحرمة مثل ظهرها ولفرجها مزيد حرمة فيزداد جنايته فى كون قوله منكرا وزورا فيتأكد الجزاء وهو الحرمة

﴿ فصل ﴾ وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع الى المظاهر وبعضها يرجع الى المظاهر منه وبعضها يرجع الى المظاهر به أما الذى يرجع الى المظاهر فأنواع منها أن يكون عاقلا اما حقيقة أو تقديرا فلا يصح ظهار المجنون والصبى الذى لا يعقل لان حكم الحرمة وخطاب التحريم لا يتناول من لا يعقل ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما فلا يصح ظهار هؤلاء كما لا يصح طلاقهم وظهار السكران كطلاقه وهو على التفصيل الذى ذكرناه فى كتاب الطلاق ومنها أن يكون بالغا فلا يصح ظهار الصبى وان كان عاقلا لما مر فى ظهار المجنون ولان الظهار من التصرفات الضارة المحضة فلا يملكه الصبى كما لا يملك الطلاق والعتاق وغيرهما من التصرفات التى هى ضارة محضة ومنها أن يكون مسلما فلا يصح ظهار الذمى وهذا عندنا وعند الشافعى اسلام المظاهر ليس بشرط لصحة ظهاره ويصح ظهار الذمى واحتج بعموم قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم من غير فصل بين المسلم والكافر ولان الكافر من أهل الظهار لان حكمه الحرمة والكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات ولهذا كان أهلا للطلاق فكذا للظهار ولنا ان عمومات النكاح لا تقتضى حل وطء الزوجات على الازواج نحو قوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وقوله عز وجل نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم والظهار لا يوجب زوال النكاح والزوجية لان لفظ الظهار لا ينبئ عنه ولهذا لا يحتاج الى تجديد النكاح بعد الكفارة لان المسلم صار مخصوصا فمن ادعى تخصيص الذمى يحتاج الى الدليل ولان حكم الظهار حرمة مؤقتة بالكفارة أو بتحرير يخلفه الصوم والكافر ليس من أهل هذا الحكم فلا يكون من أهل الظهار وقد خرج الجواب عما ذكره من المعنى وأما آية الظهار فلم تتناول المسلم لدلائل أحدها ان أول الآية خص فى حق المسلمين وهو قوله عز وجل والذين يظاهرون منكم فقوله تعالى منكم كناية عن المسلمين ألا ترى الى قوله سبحانه وتعالى وان الله لغفور رحيم والكافر غير جائز المغفرة وقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم بناء على الاول والثانى ان فيها أمرا بتحرير يخلفه الصيام اذا لم يجد الرقبة والصيام يخلفه الطعام اذا لم يستطع وكل ذلك لا يتصور الا فى حق المسلم والثالث ان المسلم مراد من هذه الآية بلا شك والمذهب عندنا ان العام يبنى على الخاص ومتى بنى العام على الخاص خرج المسلم عن عموم الآية ولم يقل به أحد وأما كونه حرا فليس بشرط لصحة الظهار فيصح ظهار العبد لان الظهار تحريم والعبد من أهل التحريم ألا ترى أنه يملك التحريم بالطلاق فكذا بالظهار ولعموم قوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم فان قيل هذه الآية لا تتناول العبد لانه جعل حكم الظهار التحرير بقوله تعالى فتحرير رقبة والعبد ليس من أهل التحرير فلا يكون من أهل حكم الظهار فلا يكون من أهل الظهار فلا يتناوله نص الظهار فالجواب أنه ممنوع أنه جعل حكم الظهار التحرير على الاطلاق بل جعل حكمه فى حق من وجد فاما فى حق من لم يجد فانما جعل حكمه الصيام بقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والعبد غير واجد لانه لا يكون واجدا الا بالملك والعبد ليس من أهل الملك فلا يكون واجدا فلا يكون الاعتاق حكم الظهار فى حقه اذ لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يجوز له التكفير بالاعتاق وكذا بالاطعام اذ الاطعام على وجه التمليك أو الاباحة والاباحة لا تتحقق بدون الملك ولو كفر العبد بهما باذن مولاه أو المولى كفر عنه بهما لم يجز لان الملك لم يثبت له فلا يقع الاعتاق والاطعام عنه بخلاف الفقير اذا أعتق عنه غيره أو أطعم فانه يجوز لان الفقير من أهل الملك فثبت الملك له أولا ثم يؤدى عنه بطريق النيابة والعبد ليس من أهل الملك فلا يملك المؤدى فلا يجزيه فى الكفارة الا الصيام وليس لمولاه أن يمنعه من صيام الظهار بخلاف صيام النذر وكفارة اليمين لان للمولى أن يمنعه عن ذلك لان صوم الظهار قد تعلق به حق المرأة لانه يتعلق به استباحة وطئها الذى استحقته بعقد النكاح فكان منعه اياها عن الصيام منعا له عن ايفاء حق مستحق للغير فلا يملك ذلك بخلاف صوم النذر وكفارة اليمين لانه لم يتعلق به حق أحد فكان العبد بالصوم متصرفا فى المنافع المملوكة لمولاه من غير اذنه لا حق لاحد فيه فكان له منعه عن ذلك سواء

كان العبد قنا أو مدبرا أو أم ولد أو مكاتبا أو مستسعى على أصل أبي حنيفة لما قلنا وكذا كونه جادا فليس بشرط لصحة الظهار حتى يصح ظهار الهازل كما يصح طلاقه وكذا كونه طائعا أو عامدا ليس بشرط عندنا فيصح ظهار المكره والخاطئ كما يصح طلاقهما وعند الشافعي شرط فلا يصح ظهارهما كما لا يصح طلاقهما وهذه من مسائل الاكراه وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهرا بالكتابة المستبينة والاشارة المعلومة من الاخرس وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فيصح ظهار شارط الخيار لما ذكرنا في كتاب الطلاق وأما كون المظاهر رجلا فهل هو شرط صحة الظهار قال أبو يوسف ليس بشرط وقال محمد شرط حتى لو قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أمي تصير مظاهرة عند أبي يوسف وعليها كفارة الظهار وعند محمد لا تصير مظاهرة ولما حكى قولهما للحسن بن زياد فقال هما شيخا الفقه أخطآ عليها كفارة اليمين اذا وطئها زوجها (وجه) قول الحسن ان الظهار تحريم فتصير كأنها قالت لزوجها أنت علي حرام ولو قالت ذلك تلزمها الكفارة اذا وطئها كذا هذا (وجه) قول محمد ان الظهار تحريم بالقول والمرأة لا تملك التحريم بالقول ألا ترى أنها لا تملك الطلاق فكذا الظهار ولأبي يوسف ان الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهي من أهل الكفارة فكانت من أهل الظهار والله أعلم ومنها النية عند أبي حنيفة وأبي يوسف في بعض أنواع الظهار دون بعض وبيان ذلك أنه لو قال لامرأته أنت علي كظهر أمي كان مظاهرا سواء نوى الظهار أو لا نية له أصلا لان هذا صريح في الظهار اذ هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السماع بحيث يسبق الى أفهام السامعين فكان صريحا لا يفتقر الى النية كصريح الطلاق في قوله أنت طالق وكذا اذا نوى به الكرامة أو المنزلة أو الطلاق أو تحريم اليمين لا يكون الا ظهارا لان هذا اللفظ صريح في الظهار فاذا نوى به غيره فقد أراد صرف اللفظ عما وضع له الى غيره فلا ينصرف اليه كما اذا قال لامرأته أنت طالق ونوى به الطلاق عن الوثاق أو الطلاق عن العمل أنه لا ينصرف اليه ويقع الطلاق لما قلنا كذا هذا ولو قال أردت به الاخبار عما مضى كذبا لا يصدق في القضاء لانه خلاف الظاهر لان هذا اللفظ في الشرع جعل انشاء فلا يصدق في ارادة الاخبار عنه كقوله أنت طالق اذا أراد به الاخبار عن الماضي كذبا ولا يسع للمرأة ان تصدقه كما لا يسع للقاضي لان القاضي انما لا يصدقه لادعائه خلاف الظاهر وهذا موجود في حق المرأة ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه وكذا اذا قال أنا منك مظاهر أو قد ظاهرتك فهو مظاهر نوى به الظهار أو لا نية له لان هذا اللفظ صريح في الظهار أيضا اذ هو مكشوف المراد عند السامع فلا يفتقر الى النية وأي شيء نوى لا يكون الا ظهارا وان أراد به الخبر عن الماضي كذبا لا يصدق قضاء ويصدق ديانة لما قلنا كما لو قال أنت مطلقة أو قد طلقتك وكذا لو قال أنت علي كبطن أمي أو كفخذ أمي أو كفرج أمي فهذا وقوله أنت علي كظهر أمي على السواء لانه يجري مجرى الصريح لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لها أنت علي كأمي أو مثل أمي يرجع الى نيته فان نوى به الظهار كان مظاهرا وان نوى به الكرامة كان كرامة وان نوى به الطلاق كان طلاقا وان نوى به اليمين كان ايلاء لان اللفظ يحتمل كل ذلك اذ هو تشبيه المرأة بالام فيحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة أي أنت علي في الكرامة والمنزلة كأمي ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم يحتمل ذلك حرمة الظهار ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين فأي ذلك نوى فقد نوى ما يحتمله لفظه فيكون على ما نوى وان لم يكن له نية لا يكون ظهارا عند أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف الاول عند أبي حنيفة لا يكون شيأ وعند أبي يوسف يكون تحريم اليمين وعند محمد يكون ظهارا احتج محمد بقوله تعالى في آية الظهار ردا على المظاهرين ماهن أمهاتهم وذكر الله سبحانه وتعالى الام ولم يذكر ظهر الام فدل ان تشبيه المرأة بالام وهو قوله أنت علي كأمي ظهار حقيقة كقوله أنت علي كظهر أمي بل أولى لان قوله أنت علي كظهر أمي تشبيه المرأة بعضو من أعضائها وقوله أنت كأمي تشبيه بكلها ثم ذاك لما كان ظهارا فهذا أولى ولان كاف التشبيه تختص بالظهار فعند الاطلاق تحمل عليه ولأبي حنيفة وأبي يوسف ان هذا اللفظ يحتمل الظهار وغيره احتمالا على السواء لما ذكرنا فلا يتعين الظهار الا بدليل

معين ولم يوجد الا ان أبا يوسف يقول يحمل على تحريم اليمين لان الظاهر انه أراد بهذا التشبيه التشبيه في التحريم وذلك يحتمل تحريم الطلاق وتحريم اليمين الا ان تحريم اليمين أدنى فيحمل عليه والجواب انا لا نسلم انه أراد به التشبيه في التحريم بل هو محتمل يحتمل الحرمة وغيرها فلا يتعين التحريم من غير دليل مع ما ان معنى الكرامة والمنزلة أدنى فيحمل مطلق التشبيه عليه وما ذكره محمد ان الله تعالى ذكر الامهات لاظهار هن قلنا هذا لا يدل على ان التشبيه بالام ظهار حقيقة لانه لو كان حقيقة لقال ما هن كامهاتهم لانه أثبت الامومية لهن ولو قال أنت على حرام كامى حمل على نيته لانه اذا ذكر مع التشبيه التحريم لم يحتمل معنى الكرامة فتعين التحريم ثم هو يحتمل تحريم الظهار ويحتمل تحريم الطلاق والايلاء فيرجع الى نيته فان لم يكن له نية يكون ظهارا لان حرف التشبيه يختص بالظهار فمطلق التحريم يحمل عليه ولو قال أنت على حرام كظهر أمى فان نوى الظهار أو لا نية له أصلا فهو ظهار وان نوى الطلاق لم يكن الا ظهارا في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يكون طلاقا وروى عن أبي يوسف انه يكون ظهارا وطلاقا معا وجه قولهما ان قوله أنت على حرام يحتمل الطلاق كما يحتمل الظهار فاذا نوى به الطلاق فقد نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته وأبو حنيفة يقول لما قال بعد قوله حرام كظهر أمى فقد فسر التحريم بتحريم الظهار فزال الاحتمال فكان صريحا في الظهار فلا تعمل فيه النية وما روى عن أبي يوسف غير سديد لانه حمل اللفظ الواحد على معنيين واللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين ولو قال أنت على كالميتة أو كالدم أو كالخمر أو كلحم الخنزير يرجع الى نيته ان نوى الطلاق كان طلاقا وان نوى التحريم أو لا نية له يكون يمينا ويصير موليا وان قال عنيت به الكذب لم يكن شيأ ولا يصدق في نفي اليمين في القضاء وقد ذكرنا هذه المسئلة في كتاب الطلاق في فصل الايلاء

﴿فصل﴾ وأما الذي يرجع الى المظاهر منه فمنها ان تكون زوجته وهي أن تكون مملوكة له بملك النكاح فلا يصح الظهار من الاجنبية لعدم الملك ويصح ظهار زوجته تنجيزا وتعليقا واضافة الى وقت بان قال لها أنت على كظهر أمى الى رأس شهر كذا لقيام الملك وتعليقا في الملك بان قال لها ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا فأنت على كظهر أمى لوجود الملك وقت اليمين وأما تعليقه بالملك وهو اضافته الى سبب الملك فصحيح عندنا خلافا للشافعي بان قال لاجنبية ان تزوجتك فأنت على كظهر أمى حتى لو تزوجها صار مظاهرا عندنا لوجود الاضافة الى سبب الملك وعنده لا يصح لعدم الملك للحال ولو قال لاجنبية ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمى لا يقع الظهار حتى لو تزوجها فدخلت الدار لا يصير مظاهرا بالاجماع لعدم الملك والاضافة الى سبب الملك وعلى هذا يخرج الظهار من الامة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة على أصل أبي حنيفة انه لا يصح لعدم الزوجية وانما كانت الزوجية شرطا لصحة الظهار لان ثبوت الحرمة بالظهار أمر ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان قوله أنت على كظهر أمى تشبيه المرأة بالام وانه محتمل يحتمل التشبيه في الكرامة والمنزلة ويحتمل التشبيه في الحرمة ثم التشبيه في الحرمة محتمل أيضا يحتمل حرمة الظهار وهي الحرمة المؤقتة بالكفارة ويحتمل حرمة الطلاق وحرمة اليمين وهذه الوجوه كلها في احتمال اللفظ سواء فلا يجوز تنزيله على بعض الوجوه من غير دليل معين الا ان هذه الحرمة ثبتت شرعا غير معقول فيقتصر على مورد الشرع وهي الزوجية قال الله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم والمراد منه الزوجات كما في قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم وقوله تعالى وأمهات نسائكم وقوله عز وجل نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ونحو ذلك وسواء كانت الزوجة حرة أو أمة قنة أو مدبرة وأم ولد أو ولد أم ولد أو مكاتبة أو مستسعاة على أصل أبي حنيفة لعموم قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ومنها قيام ملك النكاح من كل وجه فلا يصح الظهار من المطلقة ثلاثا ولا المبانة والمختلعة وان كانت في العدة بخلاف الطلاق لان المختلعة والمبانة يلحقهما صريح الطلاق لان الظهار تحريم وقد ثبتت الحرمة بالابانة والخلع وتحريم المحرم محال ولانه لا يفيد لان الثاني لا يفيد الا ما أفاده الاول فيكون عبثا خلوه عن العاقبة الحميدة بخلاف الطلاق ولان الطلاق ازالة حل المحلية وانه قائم بعد الابانة فلم يكن اثبات الثابت فلم يكن مستحيلا وكذا الثاني يفيد غير ما أفاده

الاول وهو نقصان العدد فهو الفرق بين الفصلين وكذا اذا علق الطلاق بشرط ثم أبانها قبل وجود الشرط ثم وجد الشرط وهي في العدة انه لا ينزل الظهار بخلاف ما اذا علق الابانة بشرط فنجز الابانة ثم وجد الشرط وهي في العدة انه يلحقها البائن المعلق لما ذكرنا ان الظهار تحريم والمبانة محرمة فلو لحقها الظهار بيمين كانت قبل الابانة لكان تحريم المحرم وهو مستحيل ثم هو غير مفيد فاستوى فيه الظهار المبتدأ أو المعلق بشرط بخلاف البينونة المعلقة بشرط لان ثبوتها بعد تنجيز الابانة غير مستحيل وهو مفيد أيضا وهو نقصان العدد والله عز وجل الموفق ومنها ان يكون الظهار مضافا الى بدن الزوجة أو الى عضو منها جامع أو شائع وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط وتصح الاضافة اليها أو الى كل عضو منها وعلى هذا يخرج ما اذا قال لها رأسك على كظهر أمي أو وجهك أو رقبتك أو فرجك انه يصير مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن جميع البدن فكانت الاضافة اليها اضافة الى جميع البدن وكذا اذا قال لها ثلثك على كظهر أمي أو ربعك أو نصفك ونحو ذلك من الاجزاء الشائعة ولو قال يدك أو رجلك أو أصبعك لا يصير مظاهرا عندنا خلافا للشافعي واختلف مشايخنا في الظهر والبطن وهذه الجملة قد مرت في كتاب الطلاق

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى المظاهر به فمنها أن يكون من جنس النساء حتى لو قال لها أنت على كظهر أبي أو ابني لا يصح لان الظهار عرف موجبا بالشرع والشرع انما ورد بها فيما اذا كان المظاهر به امرأة ومنها أن يكون عضوا لا يحل له النظر اليه من الظهر والبطن والفخذ والفرج حتى لو شبهها برأس أمه أو بوجهها أو يدها أو رجلها لا يصير مظاهرا لان هذه الاعضاء من أمه يحل له النظر اليها ومنها أن تكون هذه الاعضاء من امرأة يحرم نكاحها عليه على التأبيد سواء حرمت عليه بالرحم كالام والبنت والاخت وبنت الاخ والاخت والعمة والخالة أو بالرضاع أو بالصهرية كامرأة أبيه وحليلة ابنه لانه يحرم عليه نكاحهن على التأبيد وكذا أم امرأته سواء كانت امرأته مدخولا بها أو غير مدخول بها لان نفس العقد على البنت محرم للام فكانت محرمة عليه على التأبيد وأما بنت امرأته فان كانت امرأته مدخولا بها فكذلك لانه اذا دخل بها فقد حرمت عليه ابنتها على التأبيد وان كانت غير مدخول بها لا يصير مظاهرا لعدم الحرمة على التأبيد ولو شبهها بظهر امرأة زنى بها أبوه أو ابنه قال أبو يوسف هو مظاهر وقال محمد ليس بمظاهر بناء على أن قاضيا لو قضى بجواز نكاح امرأة زنى بها أبوه أو ابنه لا ينفذ قضاؤه عند أبي يوسف حتى لو رفع قضاؤه الى قاض آخر أبطله فكانت محرمة النكاح على التأبيد وعند محمد ينفذ قضاؤه وليس للقاضي الثاني أن يبطله اذا رفع اليه فلم تكن محرمة على التأبيد (وجه) قول أبي يوسف أن حرمة نكاح موطوأة الاب منصوص عليها قال الله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء لان النكاح في اللغة الضم وحقيقة الضم في الوطء فلم يكن هذا محل الاجتهاد اذ الاجتهاد المخالف للنصوص باطل فالقضاء بجوازه يكون مخالفا للنص فكان باطلا بخلاف ما اذا شبهها بامرأة قد فرق بينه وبينها باللعان انه لا يكون مظاهرا وان كان لا يجوز نكاحها عندي لانه لو حكم حاكم بجواز نكاحها جاز لان حرمة نكاحها غير منصوص عليه فلم تكن محرمة على التأبيد وجه قول محمد أن جواز نكاح هذه المرأة مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد وانه جائز عند الشافعي وقد ظهر الاختلاف فيه في السلف فكان محل الاجتهاد وظاهر النص محتمل التأويل فكان الاجتهاد فيه سائغا وللرأي مجالا ولو شبهها بظهر امرأة هي أم المزني بها أو بنت المزني بها لم يكن مظاهرا لان هذا فصل مجتهد فيه ظاهر الاجتهاد في السلف فلم تكن المرأة المظاهر بها محرمة على التأبيد ولو قبل أجنبية بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبي حنيفة قال ولا يشبه هذا الوطء الوطء أبين وأظهر عني بذلك انه لو شبه زوجته ببنت موطوأته فلا يصير مظاهرا فهذا أولى لان التقبيل واللمس والنظر الى الفرج سبب مفض الى الوطء فكان دون حقيقة الوطء فلما لم يصر مظاهرا بذلك فبهذا أولى وعند أبي يوسف يكون مظاهرا لان الحرمة بالنظر منصوص عليها قال النبي صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة أو نظر الى فرجها حرمت عليه أمها وابنتها وعلى هذا يخرج ما اذا شبهها بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حال

أخرى كأخت امرأته أو امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة أنه لا يكون مظاهرا لانها غير محرمة على التأبيد
والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم الظهار فللظهار أحكام منها حرمة الوطء قبل التكفير لقوله عز وجل والذين يظاهرون من
نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا أى فليحرروا كما فى قوله سبحانه وتعالى والوالدات يرضعن
أولادهن أى ليرضعن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن أى ليتربصن أمر المظاهر بتحرير رقبة قبل المسيس
فلو لم يحرم الوطء قبل المسيس لم يكن للامر بتقديم التحرير قبل المسيس معنى وهو كقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا اذا
ناجيتم الرسول فقدموا بين يدى نجواكم صدقة وانه يدل على حرمة النجوى قبل الصدقة اذ لو لم يحرم لم يكن للامر
بتقديم الصدقة على النجوى معنى فكذا هذا وروى أن مسلمة بن صخر البياضى ظاهر من امرأته ثم أبصرها فى ليلة
قمراء وعليها خلخال فضة فأعجبته فوطئها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله
عليه وسلم استغفر الله ولا تعد حتى تكفر أمره صلى الله عليه وسلم بالاستغفار والاستغفار انما يكون عن الذنب
فدل على حرمة الوطء وكذا نهى المظاهر عن العود الى الجماع ومطلق النهى للتحريم فيدل على حرمة الجماع قبل
الكفارة وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال اذا قال أنت على كظهر أمى لم تحل له حتى يكفر ومنها حرمة
الاستمتاع بها من المباشرة والتقبيل واللمس عن شهوة والنظر الى فرجها عن شهوة قبل أن يكفر لقوله عز وجل من
قبل أن يتماسا وأخف ما يقع عليه اسم المس هو اللمس باليد اذ هو حقيقة لهما جميعا أعنى الجماع واللمس باليد لوجود
معنى المس باليد فيهما ولان الاستمتاع داع الى الجماع فاذا حرم الجماع حرم الداعى اليه اذ لو لم يحرم لادى الى
التناقض ولهذا حرم فى الاستبراء وفى الاحرام بخلاف باب الحيض والنفاس لان الاستمتاع هناك لا يفضى الى
الجماع لوجود المانع وهو استعمال الاذى فيمنع عمل الداعى للتعارض فلا يفضى الى الجماع ولان هذه الحرمة انما
حصلت بتشبيه امرأته بامه فكانت قبل انتهائها بالتكفير وحرمة الام سواء وتلك الحرمة تمنع من الاستمتاع كذا
هذه ولان الظهار كان طلاق القوم فى الجاهلية فنقله الشرع من تحريم المحل الى تحريم الفعل فكانت حرمة الفعل فى
المظاهر منها مع بقاء النكاح كحرمة الفعل فى المطلقة بعد زوال النكاح وتلك الحرمة تعم البدن كله كذا هذه ولا ينبغى
للمرأة اذا ظاهر منها زوجها أن تدعه يقربها بالوطء والاستمتاع حتى يكفر لان ذلك حرام عليه والتمكين من الحرام
حرام ومنها ان للمرأة أن تطالبه بالوطء واذا طالبته به فعلى الحاكم أن يجبره حتى يكفر ويطأ لانه بالتحريم بالظهار
أضر بها حيث منعها حقها فى الوطء مع قيام الملك فكان لها المطالبة بايفاء حقها ودفع الضرر عنها وفى وسعه ايفاء
حقها بازالة الحرمة بالكفارة فيجب عليه ذلك ويجبر عليه لو امتنع ويستوى فى هذه الاحكام جميع أنواع الكفارات
كلها من الاعتاق والصيام والاطعام أعنى كما انه لا يباح له وطؤها ولا الاستمتاع بها قبل التحرير والصوم لا يباح له قبل
الاطعام وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان كانت كفارته الاطعام جاز له أن يطأها قبله لان الله تعالى ما شرط
تقديم هذا النوع على المسيس فى كتابه الكريم ألا ترى انه لم يذكر فيه من قبل أن يتماسا وانما شرط سبحانه
وتعالى فى النوعين الاولين فقط فيقتصر الشرط على الموضع المذكور ولنا انه لو أبيح له الوطء قبل الاطعام فيطؤها
ومن الجائز انه يقدر على الاعتاق والصيام فى خلال الاطعام فتنتقل كفارته اليه فتبين ان وطأه كان حراما فيجب
صيانته عن الحرام بايجاب تقديم الاطعام احتياطا وعلى هذا يخرج ما اذا ظاهر الرجل من أربع نسوة له ان عليه
أربع كفارات سواء ظاهر منهن باقوال مختلفة أو بقول واحد وقال الشافعى اذا ظاهر بكلمة واحدة فعليه كفارة
واحدة وجه قوله ان الظهار أحد نوعى التحريم فيعتبر بالنوع الآخر وهو الايلاء وهناك لا يجب الا كفارة واحدة
بان قال لنسائه الاربع والله لا أقربكن فقربهن فكذا ههنا (ولنا) الفرق بين الظهار وبين الايلاء وهو ان الظهار
وان كان بكلمة واحدة فانها تتناول كل واحدة منهن على حيالها فصار مظاهرا من كل واحدة منهن والظهار تحريم

لا

لا يرتفع الا بالكفارة فاذا تعدد التحريم تتعدد الكفارة بخلاف الايلاء لان الكفارة ثمة تجب لحرمة اسم الله تعالى جبرا لهتكه والاسم اسم واحد فلا تجب الا كفارة واحدة وكذا اذا ظاهر من امرأة واحدة باربعة أقوال يلزمه أربع كفارات لانه أتى باربع تحريمات ولو ظاهر من امرأة واحدة فى مجلس واحد ثلاثا أو أربعا فان لم يكن له نية فعليه لكل ظهار كفارة لان كل ظهار يوجب تحريما لا يرتفع الا بالكفارة فان قيل انها اذا حرمت بالظهار الاول فكيف تحرم بالثانى وانه اثبات الثابت وانه محال ثم هو غير مفيد فالجواب ان الثانى ان كان لا يفيد تحريما جديدا فانه يفيد تأكيد الاول فلئن تعذر اظهاره فى التحريم أمكن اظهاره فى التكفير فكان مفيدا فائدة التكفير وان نوى به الظهار الاول فعليه كفارة واحدة لان صيغته صيغة الخبر وقد يكرر الانسان اللفظ على ارادة التغليظ والتشديد دون التجديد والظهار لا يوجب نقصان العدد فى الطلاق لانه ليس بطلاق ولا يوجب البينونة وان طالت المدة لانه لا يوجب زوال الملك وانما يحرم الوطء قبل التكفير مع قيام الملك وان جامعها قبل أن يكفر لا يلزمه كفارة أخرى وانما عليه التوبة والاستغفار ولا يجوز له أن يعود حتى يكفر لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لذلك الرجل الذى ظاهر من امرأته فواقعها قبل أن يكفر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر فامره صلى الله عليه وسلم بالاستغفار لما فعل لا بالكفارة ونهاه صلى الله عليه وسلم عن العود اليه الا بتقديم الكفارة عليه والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما بيان ما ينتهى به حكم الظهار أو يبطل فحكم الظهار ينتهى بموت أحد الزوجين لبطلان محل حكم الظهار ولا يتصور بقاء الشئ فى غير محله وينتهى بالكفارة وبالوقت ان كان موقتا وبيان ذلك ان الظهار لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان موقتا فالمطلق كقوله أنت على كظهر أمى وحكمه لا ينتهى الا بالكفارة لقوله صلى الله عليه وسلم لذلك المظاهر استغفر الله ولا تعد حتى تكفر نهاه عن الجماع ومد النهى الى غاية التكفير فيمتد اليها ولا يبطل ببطلان ملك النكاح ولا ببطلان حل المحلية حتى لو ظاهر منها ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها لا يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها حتى يكفر وكذا اذا كانت زوجته أمة فظاهر منها ثم اشتراها حتى بطل النكاح بملك اليمين وكذا لو كانت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم اشتراها وكذا اذا ظاهر منها ثم ارتدت عن الاسلام فى قول أبى حنيفة واختلفت الرواية عن أبى يوسف على ما ذكرنا فى الايلاء وكذا اذا طلقها ثلاثا فتزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول لا تحل له وطؤها بدون تقديم الكفارة عليه لان الظهار قد انعقد موجبا حكمه وهو الحرمة والاصل أن التصرف الشرعى اذا انعقد مفيدا لحكمه فى محله ثم احتمل الفائدة أو وهم الفائدة يبقى لفائدة محتملة أو موهومة كمسألة الآبق المشترى على البيع واحتمال العود ثابت فيبقى واذا بقى يبقى على ما انعقد عليه وهو ثبوت حرمة لا ترتفع الا بالكفارة وان كان موقتا بان قال أنت على كظهر أمى يوما أو شهرا أو سنة صح التوقيت وينتهى بمضى الوقت بدون الكفارة عند عامة العلماء وهو أحد قولى الشافعى وفى قوله الآخر وهو قول مالك يبطل التأقيت ويتأبد الظهار وجه قوله أن الظهار أخو الطلاق اذ هو أحد نوعى التحريم ثم تحريم الطلاق لا يحتمل التأقيت كذا تحريم الظهار ولنا أن تحريم الظهار أشبه بتحريم اليمين من الطلاق لان الظهار تحله الكفارة كاليمين تحلها الحنث ثم اليمين تتوقت كذا الظهار بخلاف الطلاق لانه لا يحله شئ فلا يتوقت والله عز وجل أعلم

(فصل) وأما بيان كفارة الظهار فالكلام فيه يقع فى مواضع فى تفسير كفارة الظهار وفى بيان سبب وجوبها وفى بيان شرط وجوبها وفى بيان شرط جوازها أما تفسيرها فقد ذكره الله عز وجل فى كتابه العزيز من أحد الانواع الثلاثة لكن على الترتيب الاعتاق ثم الصيام ثم الاطعام وأما سبب وجوب الكفارة فلا خلاف فى أن الكفارة لا تجب الا بعد وجود العود والظهار لقوله عز وجل والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا غير أنه اختلف فى العود قال أصحاب الظواهر هو أن يكرر لفظ الظهار وقال الشافعى هو امساك المرأة على النكاح بعد

الظهار وهو ان يسكت عن طلاقها عقيب الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فاذا أمسكها على النكاح عقيب الظهار مقدار ما يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فقد وجبت عليه الكفارة على وجه لا يحتمل السقوط بعد ذلك سواء غابت أو ماتت واذا غاب فسواء طلقها أو لم يطلقها راجعها أو لم يراجعها ولو طلقها عقيب الظهار بلا فصل بطل الظهار فلا تجب الكفارة لعدم امساك المرأة عقيب الظهار وقال أصحابنا العود هو العزم على وطئها عزما مؤكدا حتى لو عزم ثم بدا له في أن لا يطأها لا كفارة عليه لعدم العزم المؤكد لا أنه وجبت الكفارة بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم لان الكفارة بعد سقوطها لا تعود الا بسبب جديد وجه قول أصحاب الظواهر التمسك بظاهر لفظة العود لان العود في القول عبارة عن تكراره قال الله تعالى ألم تر الى الذين نهوا عن النجوى ثم يعودون لما نهوا عنه فكان معنى قوله ثم يعودون لما قالوا أي يرجعون الى القول الاول فيكررونه وجه قول الشافعي أن قوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل يقتضي وجوب الكفارة بعد العود وذلك فيما قلنا لا فيما قلتم لان عندكم لا تجب الكفارة وانما يحرم الوطء الى أن يؤدي الكفارة فترتفع الحرمة وهذا خلاف النص ولنا أن قول القائل قال فلان كذا ثم عاد قال في اللغة يحتمل أن يكون معناه عاد الى ما قال وفيما قال أي كرره ويحتمل أن يكون معناه عاد لنقض ما قال فانه حكي أن أعرابيا تكلم بين يدي الاصمعي بانه كان يبني بناء ثم يعود له فقال له الاصمعي ما أردت بقولك أعود له فقال أنقضه ولا يمكن حمله على الاول وهو التكرار لان القول لا يحتمل التكرار لان التكرار اعادة عين الاول ولا يتصور ذلك في الاعراض لكونها مستحيلة البقاء فلا يتصور اعادتها وكذا النبي صلى الله عليه وسلم لما أمر أوسا بالكفارة لم يسأله أنه هل كرر الظهار أم لا ولو كان ذلك شرطا لسأله اذ الموضع موضع الاشكال وكذا الظهار الذي كان متعارفا بين أهل الجاهلية لم يكن فيه تكرار القول واذا تعذر حمله على الوجه الاول يحمل على الثاني وهو العود لنقض ما قالوا وفسخه فكان معناه ثم يرجعون عما قالوا وذلك بالعزم على الوطء لان ما قاله المظاهر هو تحريم الوطء فكان العود لنقضه وفسخه استباحة الوطء وبهذا تبين فساد تأويل الشافعي العود بامساك المرأة واستبقاء النكاح لان امساك المرأة لا يعرف عودا في اللغة ولا امساك شيء من الاشياء يتكلم فيه بالعود ولان الظهار ليس برفع النكاح حتى يكون العود لما قال استبقاء للنكاح فبطل تأويل العود بالامساك على النكاح والدليل على بطلان هذا التأويل ان الله تعالى قال ثم يعودون لما قالوا وثم للتراخي فمن جعل العود عبارة عن استبقاء النكاح وامساك المرأة عليه فقد جعله عائدا عقيب القول بلا تراخ وهذا خلاف النص اما قوله ان النص يقتضي وجوب الكفارة وعندكم لا تجب الكفارة فليس كذلك بل عندنا تجب الكفارة اذا عزم على الوطء كأنه قال تعالى اذا عزمت على الوطء فكفر قبله كما قال سبحانه وتعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وقوله سبحانه اذا ناجيتم الرسول فقدموا ونحو ذلك واختلف أيضا في سبب وجوب هذه الكفارة قال بعضهم انها تجب بالظهار والعود جميعا لان الله تعالى علقها بهما بقوله تعالى والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة وقال بعضهم سبب الوجوب هو الظهار والعود شرط لان الظهار ذنب ألا ترى أن الله تعالى جعله منكرا من القول وزورا والحاجة الى رفع الذنب والزجر عنه في المستقبل ثابتة فتجب الكفارة لانها رافعة للذنب وزاجرة عنه والدليل عليه أنه تضاف الكفارة الى الظهار لا الى العود يقال كفارة الظهار والاصل أن الاحكام تضاف الى أسبابها لا الى شروطها وقال بعضهم سبب الوجوب هو العود والظهار شرط لان الكفارة عبادة والظهار محظور محض فلا يصلح سببا لوجوب العبادة وقال بعضهم كل واحد منهما شرط وسبب الوجوب أمر ثالث هو كون الكفارة طريقا متعينا لايفاء الواجب وكونه قادرا على الايفاء لان ايفاء حقها في الوطء واجب ويجب عليه في الحكم ان كانت بكرا أو ثيبا ولم يطأها مرة وان كانت ثيبا وقد وطئها مرة لا يجب فيما بينه وبين الله تعالى اتصال ذلك أيضا لا يفاء حقها وعند بعض أصحابنا يجب في الحكم أيضا حتى يجبر عليه ولا يمكنه ايفاء الواجب الا برفع الحرمة ولا ترتفع الحرمة الا بالكفارة فتلزمه الكفارة ضرورة ايفاء

الواجب على الاصل المعهود أن ايجاب الشئ ايجاب له ولما لا يتوصل اليه الا به كالامر باقامة الصلاة يكون أمرا بالطهارة ونحو ذلك والله أعلم (وأما) شرط وجوبها فالقدرة على أدائها لاستحالة وجوب الفعل بدون القدرة عليه فلا يجب على غير القادر وكذا العود أو الظهار أو كلاهما على حسب اختلاف المشايخ فيه على ما مر وأما شرط جوازها فلجواز هذه الكفارة من الانواع الثلاثة أعنى الاعتاق والصيام والاطعام شرائط نذكرها فى كتاب الكفارات ان شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

## ﴿كتاب اللعان﴾

الكلام فى اللعان يقع فى مواضع فى بيان صورة اللعان وكيفيته وفى بيان صفة اللعان وفى بيان سبب وجوبه وفى بيان شرائط الوجوب والجواز وفى بيان ما يظهر به سبب الوجوب عند القاضى وفى بيان معنى اللعان وماهيته شرعا وفى بيان حكم اللعان وفى بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وفى بيان حكمه اذا سقط أو لم يجب أصلا مع وجود القذف (أما) صورة اللعان وكيفيته فالقذف لا يخلو اما أن يكون بالزنا أو بنفى الولد فان كان بالزنا فينبغى للقاضى أن يقيمهما بين يديه متماثلين فيأمر الزوج أولا أن يقول أربع مرات أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم يأمر المرأة أن تقول أربع مرات أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتقول فى الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا هكذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يحتاج الى لفظ المواجهة فيقول الزوج فيما رميتك به من الزنا وتقول المرأة فيما رميتنى به من الزنا وهو قول زفر ووجهه أن خطاب المغايبة فيه احتمال لانه يحتملها ويحتمل غيرها ولا احتمال فى خطاب المواجهة فالاتيان بلفظ لا احتمال فيه أولى والجواب أنه لما قال أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وأشار اليها فقد زال الاحتمال لتعينها بالاشارة فكان لفظ المواجهة والمغايبة فيه سواء وان كان اللعان بنفى الولد فقد ذكر الكرخى أن الزوج يقول فى كل مرة فيما رميتك به من نفى ولدك وتقول المرأة فيما رميتنى به من نفى ولدى وذكر الطحاوى ان الزوج يقول فى كل مرة فيما رميتها به من الزنا فى نفى ولدها وتقول المرأة فيما رمانى به من الزنا فى نفى ولده وروى هشام عن محمد انه قال اذا لاعن الرجل بولد فقال فى اللعان اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا فى نفى ولدها بأن هذا الولد ليس منى وتقول المرأة اشهد بالله انك لمن الكاذبين فيما رميتنى به من الزنا بأن هذا الولد ليس منك وذكر ابن سماعة عن محمد فى نوادره انه قال اذا نفى الولد يشهد بالله الذى لا اله الا هو انه لصادق فيما رماها به من الزنا ونفى هذا الولد قال القدورى وهذا ليس باختلاف رواية وانما هو اختلاف حال القذف فان كان القذف من الزوج بقوله هذا الولد ليس منى يكتفى فى اللعان ان يقول فيما رميتك به من نفى الولد لانه ما قذفها الا بنفى الولد وان كان القذف بالزنا ونفى الولد لا بد من ذكر الامرين لانه قذفها بالامرين جميعا وانما يبدأ بالرجل لقوله سبحانه وتعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم والفاء للتعقيب فيقتضى ان يكون لعان الزوج عقيب القذف فيقع لعان المرأة بعد لعانه وكذا روى انه لما نزلت آية اللعان وأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يجرى اللعان على ذينك الزوجين بدأ بلعان الرجل وهو قدوة ولان لعان الزوج وجب حقا لها لان الزوج ألحق بها العار بالقذف فهى تطالبه اياه باللعان تدفع العار عن نفسها ودفع العار عن نفسها حقها وصاحب الحق اذا طالب من عليه الحق بايفاء حقه لا يجوز له التأخير كمن عليه الدين فان أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة ثم بالرجل ينبغى له ان يعيد اللعان على المرأة لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح فى شهادة الزوج فلا يصح قبل وجود شهادته ولهذا فى باب الدعاوى يبدأ بشهادة المدعى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا ههنا فان لم يعد لعانها حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم ان اللعان ليس بشهادة بل هو يمين ويجوز تقديم

احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتداعيين انه لا يلزم مراعاة الترتيب فيه بل يجوز تقديم أحدهما أيهما كان فكان تفريقه فى موضع الاجتهاد فنفذ والقيام ليس بشرط كذا روى الحسن عن أبى حنيفة انه قال لا يضره قائما لاعن أو قاعدا لان اللعان اما ان يعتبر فيه معنى الشهادة واما ان يعتبر فيه معنى اليمين أو يعتبر فيه المعنيان جميعا والقيام ليس بلازم فيهما الا انه يندب اليه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم ندب عاصما وامرأته اليه فقال يا عاصم قم فاشهد بالله وقال لامرأته قومى فاشهدى بالله ولان اللعان من جانبه قائم مقام حد القذف ومن جانبها قائم مقام حد الزنا والسنة فى الحدود اقامتها على الاشهاد والاعلان والقيام أقرب الى ذلك والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما صفة اللعان فله صفات منها انه واجب عندنا وقال الشافعى ليس بواجب ان الواجب على الزوج بقذفها هو الحد الا ان له ان يخلص نفسه عنه بالبينة أو باللعان والواجب على المرأة اذا لاعن الزوج هو حد الزنا ولها أن تخلص نفسها عنه باللعان حتى ان للمرأة ان تخاصمه الى الحاكم وتطالبه باللعان عندنا واذا طالبته يجبره عليه ولو امتنع يحبس لامتناعه عن الواجب عليه كالممتنع من قضاء الدين فيحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه وعنده ليس لها ولاية المطالبة باللعان ولا يجبر عليه ولا يحبس اذا امتنع بل يقام عليه الحد وكذا اذا التعن الرجل تجبر المرأة على اللعان ولو امتنعت تحبس حتى تلاعن او تقر بالزنا عندنا وعنده لا تجبر ولا تحبس بل يقام عليها الحد احتج الشافعى بقوله عز وجل والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة أوجب سبحانه وتعالى الجلد على القاذف من غير فصل بين الزوج وغيره الا ان القاذف اذا كان زوجا له ان يدفع الحد عن نفسه بالبينة ان كانت له بينة وان لم تكن له بينة يدفعه باللعان فكان اللعان مخلصا له عن الحد وقوله تعالى ويدرأ عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات بالله جعل سبحانه وتعالى لعانها دفعا لحد الزنا عنها اذ الدرء هو الدفع لغة فدل ان الحد وجب عليها بلعانه ثم تدفعه بلعانها ولان بلعانه يظهر صدقه فى القذف لان الظاهر انه لا يلاعن الا وان يكون صادقا فى قذفه فيجب عليها الحد الا ان لها ان تخلص نفسها عنه باللعان لانها اذا لاعنت وقع التعارض فلا يظهر صدق الزوج فى القذف فلا يقام عليها الحد ولنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أى فليشهد أحدهم أربع شهادات بالله جعل سبحانه وتعالى موجب قذف الزوجات اللعان فمن أوجب الحد فقد خالف النص ولان الحد انما يجب لظهور كذبه فى القذف والامتناع من اللعان لا يظهر كذبه اذ ليس كل من امتنع من الشهادة أو اليمين يظهر كذبه فيه بل يحتمل انه امتنع منه صونا لنفسه عن اللعن والغضب والحد لا يجب مع الشبهة فكيف يجب مع الاحتمال ولان الامتناع من اليمين بذل والبذل لا يجرى فى الحدود فمن أباح لاحد ان يقيم عليه الحد لا يجوز له أن يقيم وأما آية القذف فقد قيل ان موجب القذف فى الابتداء كان هو الحد فى الاجنبيات والزوجات جميعا ثم نسخ فى الزوجات وجعل موجب قذفهن اللعان بآية اللعان والدليل عليه ما روى عن عبد الله بن مسعود انه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة فجاء رجل من الانصار فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع امرأته رجلا فان قتله قتلتموه وان تكلم به جلدتموه وان أمسك أمسك على غيظ ثم جعل يقول اللهم افتح فنزلت آية اللعان دل قوله وان تكلم به جلدتموه على ان موجب قذف الزوجة كان الحد قبل نزول آية اللعان ثم نسخ فى الزوجات بآية اللعان فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره هكذا هو مذهب عامة مشايخنا وعند الشافعى يبنى العام على الخاص ويتبين ان المراد من العام وراء قدر الخصوص سواء كان الخاص سابقا أو لاحقا وسواء علم التاريخ وبينهما زمان يصلح للنسخ أو لا يصلح أو جهل التاريخ بينهما فلم تكن الزوجات داخلات تحت آية القذف على قوله فكيف يصح احتجاجه بها وأما قوله تعالى ويدرأ عنها العذاب فلا حجة له فيه لان دفع العذاب يقتضى توجه العذاب لا وجوبه لانه حينئذ يكون رفعا لا دفعا على انه يحتمل ان يكون المراد من العذاب هو الحبس اذ الحبس يسمى عذابا قال الله تعالى فى قصة الهدهد لاعذبنه عذابا شديدا قيل فى التفسير لاحبسنه وهذا لان العذاب ينبئ عن معنى المنع

فى اللغة يقال أعذب أى منع وأعذب أى امتنع يستعمل لازما ومتعديا ومعنى المنع يوجد فى الحبس وهذا هو مذهبنا انها اذا امتنعت من اللعان تحبس حتى تلاعن أو تقر بالزنا فيدرأ عنها العذاب وهو الحبس باللعان فاذن قلنا بموجب الآية الكريمة ومنها انه لا يحتمل العفو والابراء والصلح لانه فى جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفى جانبها قائم مقام حد الزنا وكل واحد منهما لا يحتمل العفو والابراء والصلح لما نذكر ان شاء الله تعالى فى الحدود وكذا لو عفت عنه قبل المرافعة أو صالحته على مال لم يصح وعليها رد بدل الصلح ولها ان تطالبه باللعان بعد ذلك كما فى قذف الاجنبى ومنها ان لا تجرى فيه النيابة حتى لو وكل أحد الزوجين باللعان لا يصح التوكيل لما ذكرنا انه بمنزلة الحد فلا يحتمل النيابة كسائر الحدود ولانه شهادة أو يمين وكل واحد منهما لا يحتمل النيابة فاما التوكيل باثبات القذف بالبينة فجائز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز ونذكر المسئلة فى كتاب الوكالة ان شاء الله تعالى

﴿فصل﴾ وأما بيان سبب وجوب اللعان فسبب وجوبه القذف بالزنا وانه نوعان أحدهما بغير نفى الولد والثانى بنفى الولد أما الذى بغير نفى الولد فهو ان يقول لامرأته يا زانية أو زنيت أو رأيتك تزنين ولو قال لها جومعت جماعا حراما أو وطئت وطأ حراما فلا لعان ولا حد لعدم القذف بالزنا ولو قذفها بعمل قوم لوط فلا لعان ولا حد فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يجب اللعان بناء على ان هذا الفعل ليس بزنا عنده فلم يوجد القذف بالزنا وعندهما هو زنا والمسئلة تأتى فى كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ولو كان له أربع نسوة فقذفهن جميعا بالزنا فى كلام واحد أو قذف كل واحدة بالزنا بكلام على حدة فان كان الزوج وهن من أهل اللعان يلاعن فى كل قذف مع كل واحدة على حدة لوجود سبب وجوب اللعان فى حق كل واحدة منهن وهو القذف بالزنا وان لم يكن الزوج من اهل اللعان يحد حد القذف ويكتفى بحد واحد عن الكل لان حد القذف يتداخل ولو كان الزوج من اهل اللعان والبعض منهن ليس من اهل اللعان يلاعن منهن من كانت من أهل اللعان لا غير ولو قال لامرأته يا زانية بنت الزانية وجب عليه اللعان والحد لانه قذف زوجته وقذف امها وقذف الزوجة يوجب اللعان وقذف الاجنبية يوجب الحد ثم انهما اذا اجتمعا على مطالبة الحد يبدأ بالحد لاجل الام لان فى البداءة اسقاط اللعان لانه يصير محدودا فى القذف فلم يبق من أهل الشهادة واللعان شهادة والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفى البداءة بأحدهما اسقاط الآخر يبدأ بما فيه اسقاط الآخر لقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم وقد استطعنا درء الحد بهذا الطريق وان لم تطالبه الام وطالبته المرأة يلاعن بينهما ويقام حد القذف للام بعد ذلك ان طالبته به كذا ذكر فى ظاهر الرواية وذكر الطحاوى انه لا يقام الحد للام بعد اللعان وهذا غير سديد لان المانع من اقامة اللعان فى المسئلة الاولى هو خروج الزوج من أهلية اللعان لصيرورته محدودا فى القذف ولم يوجد ههنا وكذلك لو كانت امها ميتة فقال لها يا زانية بنت الزانية كان لها المطالبة والخصومة فى القذفين لوجوب اللعان والحد ثم ان خاصمته فى القذفين جميعا يبدأ بالحد فيحد للام حد القذف لما فيه من اسقاط اللعان وان لم تخاصم فى قذف امها ولكنها خاصمت فى قذف نفسها يلاعن بينهما ويحد للام لما ذكرنا وكذلك الرجل اذا قذف أجنبية بالزنا ثم تزوجها وقذفها بالزنا بعد التزوج وجب عليه الحد واللعان لوجود سبب وجوب كل واحد منهما ثم ان خاصمته فى القذفين جميعا يبدأ بحد القذف حتى يسقط اللعان ولو لم تخاصم فى حد القذف وخاصمت فى اللعان يلاعن بينهما ثم اذا خاصمت فى الحد يحد لما قلنا والله أعلم وأما الذى بنفى الولد فهو ان يقول لامرأته هذا الولد من الزنا أو يقول هذا الولد ليس منى فان قيل قوله هذا الولد ليس منى لا يكون قذفا لها بالزنا لجواز أن لا يكون ابنه بل يكون ابن غيره ولا تكون هى زانية بان كانت وطئت بشبهة فالجواب نعم هذا الاحتمال ثابت لكنه سقط الاعتبار بالاجماع لان الامة أجمعت على انه ان نفاه عن الاب المشهور بان قال له لست بابن فلان يكون قاذفا لامه حتى يلزمه حد القذف مع وجود هذا الاحتمال ولو جاءت زوجته بولد فقال لها لم تلديه لم يجب اللعان لعدم القذف لانه أنكر الولادة ومنكر الولادة لا يكون قاذفا فان أقر بالولادة أو شهدت القابلة على

الولادة ثم قال بعد ذلك ليس بابني وجب اللعان لوجود القذف ولو قال لامرأته وهي حامل ليس هذا الحمل مني لم يجب اللعان في قول أبي حنيفة لعدم القذف بنفي الولد وقال أبو يوسف ومحمد ان جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت القذف وجب اللعان وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر لم يجب وجه قولهما انها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت القذف فقد تيقنا بوجوده في البطن وقت القذف ولهذا لو أوصى لحمل امرأته فجاءت به لاقل من ستة أشهر استحق الوصية واذا تيقنا بوجوده وقت النفي كان محتملا للنفي اذ الحمل تتعلق به الاحكام فان الجارية ترد على بائعها ويجب للمعتدة النفقة لاجل حملها فاذا نفاه يلاعن فاذا جاءت به لاكثر من ستة أشهر فلم نتيقن بوجوده عند القذف لاحتمال انه حادث ولهذا لا تستحق الوصية ولابي حنيفة ان القذف بالحمل لو صح اما أن يصح باعتبار الحال أو باعتبار الثاني لا وجه للاول لانه لا يعلم وجوده للحال لجواز انه ريح لا حمل ولا سبيل الى الثاني لانه يصير في معنى التعليق بالشرط كانه قال ان كنت حاملا فانت زانية والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط بخلاف الرد بعيب الحبل لانه يمكن القول بالرد على اعتبار الحال لوجود العيب ظاهرا واحتمال الريح خلاف الظاهر فلا يورث الا شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهات بخلاف القذف والنفقة لا تختص وجوبها بالحمل عندنا فانها تجب لغير الحامل ولا يقطع نسب الحمل قبل الولادة بلا خلاف بين أصحابنا أما عند أبي حنيفة فظاهر لانه لا يلاعن وقطع النسب من أحكام اللعان وأما عندهما فلان الاحكام انما تثبت للولد لا للحمل وانما يستحق اسم الولد بالانفصال ولهذا لا يستحق الميراث والوصية الا بعد الانفصال وعند الشافعي يلاعن ويقطع نسب الحمل واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وبين امرأته وهي حامل والحق الولد بها فدل ان القذف بالحمل يوجب اللعان وقطع نسب الحمل ولا حجة له فيه لان هلالا لم يقذفها بالحمل بل بصريح الزنا وذكر الحمل وبه نقول ان من قال لزوجته زنيت وأنت حامل يلاعن لانه لم يعلق القذف بالشرط وأما قطع النسب فلان رسول الله صلى الله عليه وسلم علم من طريق الوحي ان هناك ولدا الا ترى انه قال صلى الله عليه وسلم ان جاءت به على صفة كذا فهو لكذا وان جاءت به على صفة كذا فهو لكذا ولا يعلم ذلك الا بالوحي ولا طريق لنا الى معرفة ذلك فلا ينفي الولد والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب اللعان وجوازه فانواع بعضها يرجع الى القاذف خاصة وبعضها يرجع الى المقذوف خاصة وبعضها يرجع اليهما جميعا وبعضها يرجع الى المقذوف به وبعضها يرجع الى المقذوف فيه وبعضها يرجع الى نفس القذف أما الذي يرجع الى القاذف خاصة فواحد وهو عدم اقامة البينة لان الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان بقوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله الآية حتى لو أقام أربعة من الشهود على المرأة بالزنا لا يثبت اللعان ويقام عليها حد الزنا لانه قد ظهر زناها بشهادة الشهود ولو شهد أربعة أحدهم الزوج فان لم يكن من الزوج قذف قبل ذلك تقبل شهادتهم ويقام عليها الحد عندنا وعند الشافعي لا تقبل شهادة الزوج عليها وجه قول الشافعي ان الزوج متهم في شهادته لاحتمال انه حمله الغيظ على ذلك ولا شهادة للمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه يدفع المغرم عن نفسه وهو اللعان ولا شهادة لدافع المغرم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا ان شهادته بالقبول أولى من شهادة الاجنبي لانها أبعد من التهمة اذ العادة ان الرجل يستر على امرأته ما يلحقه به شين فلم يكن متهما في شهادته فتقبل كشهادة الوالد على ولده وقوله انه يدفع المغرم عن نفسه بهذه الشهادة ممنوع فانه لم يسبق منه قذف يوجب اللعان فانه لم يسبق هذه الشهادة قذف ليدفع اللعان بها فصار كشهادة الاجنبي فانها تقبل ولا تجعل دافعا للحد عن نفسه كذا هذا وان كان الزوج قذفها أولا ثم جاء بثلاثة سواه فشهدوا فهم قذفة يحدون وعلى الزوج اللعان لانه لما سبق منه القذف فقد وجب عليه اللعان فهو بشهادته جعل دافعا للضرر عن نفسه فلا تقبل شهادته والزنا لا يثبت بشهادة ثلاثة فصار قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج لقذف زوجته فان جاءهو وثلاثة فشهدوا انها قد زنت فلم يعدلوا فلا

حد عليها لان زناها لم يثبت الا بشهادة الفساق ولا حد عليهم لان الفاسق من أهل الشهادة ألا ترى ان تعالى أمر
بالتوقيف في بيانه فقد وجد اتيان أربعة شهداء فكيف يجب عليهم الحد ولا لعان على الزوج لانه شاهد وليس
بقاذف فان شهد وامعه ثلاثة عمى حدوحدوا أي يلاعن الزوج ويحدون حد القذف لان العميان لا شهادة لهم قطعا
فلم يكن قولهم حجة أصلا فكانوا قذفة فيحدون حد القذف ويلاعن الزوج لان قذف الزوج يوجب اللعان اذا لم
يأت بأربعة شهداء ولم يأت بهم وأما الذى يرجع الى المقذوف خاصة فشيئان أحدهما انكارها وجود الزنا منها حتى
لو أقرت بذلك لا يجب اللعان ويلزمها حد الزنا وهو الجلد ان كانت غير محصنة والرجم ان كانت محصنة لظهور زناها
باقرارها والثانى عفتها عن الزنا فان لم تكن عفيفة لا يجب اللعان بقذفها كما لا يجب الحد فى قذف الاجنبية اذا لم تكن
عفيفة لانه اذا لم تكن عفيفة فقد صدقته بفعلها فصار كما لو صدقته بقولها ولما نذكر فى كتاب الحدود ونذكر تفسير
العفة عن الزنا فيه ان شاء الله تعالى وعلى هذا فالوا فى المرأة اذا وطئت بشبهة ثم قذفها زوجها انه لا يجب عليه اللعان
ولو قذفها أجنبى لا يجب عليه الحد لانها وطئت وطأ حراما فذهبت عفتها ثم رجع أبو يوسف وقال يجب بقذفها
الحد واللعان لان هذا وطء يتعلق به ثبوت النسب ووجوب المهر فكان كالموجود فى النكاح فلا يزيل العفة عن
الزنا والجواب ان الوطء حرام لعدم النكاح انما الموجود شبهة النكاح فكان ينبغى أن يجب الحد عليها الا انه سقط
للشبهة فلأن يسقط الحد واللعان عن القاذف لمكان الحقيقة أولى وأما الذى يرجع اليهما جميعا فهو أن يكونا زوجين
حرين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين فى القذف أما اعتبار الزوجية فلأن الله تبارك وتعالى خص
اللعان بالازواج بقوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولانه حكم ثبت تعبدا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد التعبد
وانما ورد التعبد به فى الازواج فيقتصر عليهم وعلى هذا قال أصحابنا ان من تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم قذفها لم يلاعنها
لعدم الزوجية اذ النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وقال الشافعى يلاعنها اذا كان القذف بنفى الولد لان القذف اذا
كان بنفى الولد تقع الحاجة الى قطع النسب والنسب يثبت بالنكاح الفاسد كما يثبت بالنكاح الصحيح فيشرع اللعان
لقطع النسب والجواب ان قطع النسب يكون بعد الفراغ من اللعان ولا لعان الا بعد وجوبه ولا وجوب لعدم شرطه
وهو الزوجية ولو طلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم قذفها بالزنا لا يجب اللعان لعدم الزوجية لبطلانها بالابانة والثلاث
ولو طلقها طلاقا رجعيا ثم قذفها يجب اللعان لان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ولو قذف امرأته بزنا كان قبل
الزوجية فعليه اللعان عندنا وعند الشافعى عليه حد القذف واحتج بآية القذف وهى قوله تعالى والذين يرمون
المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولنا آية اللعان وهى قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم
يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله من غير فصل بين ما اذا كان القذف بزنا بعد الزوجية
أو قبلها والدليل على انه قذف زوجته انه أضاف القذف اليها وهى محل زوجته الا انه قذفها بزنا متقدم وبهذا لا تخرج
من أن تكون زوجته فى الحال كما اذا قذف أجنبية بزنا متقدم حتى يلزمه القذف كذا ههنا وأما آية القذف فهى
متقدمة على آية اللعان فيجب تخريجها على التناسخ فينسخ الخاص المتأخر العام المتقدم بقدره عند عامة مشايخنا
وعنده يقضى العام على الخاص بطريق التخصيص على ما مر ولو قذف امرأته بعد موتها لم يلاعن عندنا وعند
الشافعى يلاعن على قبرها واحتج بظاهر قوله عز وجل فى آية اللعان فشهادة أحدهم من غير فصل بين حال الحياة
والموت ولنا قوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم الآية خص سبحانه وتعالى اللعان بالازواج وقد زالت الزوجية
بالموت فلم يوجد قذف الزوجة فلا يجب اللعان وبه تبين ان الميتة لم تدخل تحت الآية لان الله تعالى أوجب هذه
الشهادة بقذف الازواج بقوله والذين يرمون أزواجهم وبعد الموت لم تبق زوجة له وأما اعتبار الحرية والعقل
والبلوغ والاسلام والنطق وعدم الحد فى القذف فالكلام فى اعتبار هذه الاوصاف شرطا لوجوب اللعان فرع
الكلام فى معنى اللعان وما يثبته شرعا وقد اختلف فيه قال أصحابنا ان اللعان شهادة مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن

وبالغضب وانه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفي جانبها قائم مقام حد الزنا وقال الشافعي اللعان ايمان بلفظ الشهادة مقرونة باللعن والغضب فكل من كان من اهل الشهادة واليمين كان من اهل اللعان ومن لا فلا عندنا وكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان عنده سواء كان من أهل الشهادة أو لم يكن ومن لم يكن من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان احتج الشافعي بقوله تعالى في تفسير اللعان فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فسر الله تعالى اللعان بالشهادة بالله والشهادة بالله يمين الا ترى ان من قال أشهد بالله يكون يمينا الا انه يمين بلفظ الشهادة ولان اللعان لو كان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى لان الشهادة لا تفتقر الى ذلك وانما اليمين هي التي تفتقر اليه ولانه لو كان شهادة لكانت شهادة على النصف من شهادة الرجل كما في سائر المواضع التي للمرأة فيها شهادة فينبغي ان تشهد المرأة عشر مرات فلما لم يكن ذلك دل انه ليس بشهادة والدليل على انه يمين ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فرق بين المتلاعنين وكانت المرأة حبلى فقال لها اذا ولدت ولدا فلا ترضعيه حتى تأتيني به فلما انصرفوا عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ولدته احمر مثل الدبس فهو يشبه اباه الذي نفاه وان ولدته اسود ادعج جعدا قططا فهو يشبه الذي رميت به فلما وضعت واتت به رسول الله صلى الله عليه وسلم نظر اليه فاذا هو أسود أدعج جعد قطط على ما نعته رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم لولا الايمان التي سبقت لكان لي فيها رأى وفي بعض الروايات لكان لي ولها شأن فقد سمى صلى الله عليه وسلم اللعان أيمانا لا شهادة فدل انه يمين لا شهادة (ولنا) قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله والاستدلال بالآية الكريمة من وجهين احدهما ان الله تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء لانه استثناهم من الشهداء بقوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم والمستثنى من جنس المستثنى منه والثاني انه سمى اللعان شهادة نصا بقوله عز وجل فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله والخامسة أي الشهادة الخامسة وقال تعالى في جانبها ويدرأ عنها العذاب ان تشهد أربع شهادات بالله والخامسة أي الشهادة الخامسة لانه تعالى سمى الشهادة بالله تأكيدا للشهادة باليمين فقوله أشهد يكون شهادة وقوله بالله يكون يمينا وهذا مذهبنا ان الشهادات مؤكدة بالايمان وهو أولى مما قاله المخالف لان فيه عملا باللفظين في معنيين وفيما قاله حمل اللفظين على معنى واحد فكان ما قلناه أولى والدليل على انه شهادة انه شرط فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم وأما قوله لو كان شهادة لكان في حق المرأة على النصف من شهادة الرجل فنقول هو شهادة مؤكدة باليمين فيراعى فيه معنى الشهادة ومعنى اليمين وقد راعينا معنى الشهادة فيه بشرط لفظة الشهادة فيراعى معنى اليمين بالتسوية بين الرجل والمرأة في العدد عملا بالشبهين جميعا ولا حجة له في الحديث لانه روى في بعض الروايات لولا ما مضى من الشهادات وهذا حجة عليه حيث سماه شهادة ثم نقول نوجب انه يمين لكن هذا لا ينفي ان يكون شهادة فهو شهادة مؤكدة باليمين والله تعالى الموفق واذا عرف هذا الاصل نخرج عليه المسائل أما اعتبار العقل والبلوغ فلان الصبي والمجنون ليسا من أهل الشهادة واليمين فلا يكونان من أهل اللعان بالاجماع وأما الحرية فلان المملوك ليس من أهل الشهادة فلا يكون من أهل اللعان بالاجماع وأما الاسلام فالكافر ليس من أهل الشهادة على المسلم وان كان المسلم من أهل الشهادة على الكافر واذا كانا كافرين فالكافر وان كان من أهل الشهادة على الكافر فليس من أهل اليمين بالله تعالى لانه ليس من أهل حكمها وهو الكفارة وهذا لا يصح ظهار الذمي عندنا واللعان عندنا شهادات مؤكدة بالايمان فمن لا يكون من أهل اليمين لا يكون من أهل اللعان وأما اعتبار النطق فلان الاخرس لا شهادة له لانه لا يتأتى منه لفظة الشهادة ولان القذف منه لا يكون الا بالاشارة والقذف بالاشارة يكون في معنى القذف بالكتابة وانه لا يوجب اللعان كما لا يوجب الحد لما نذكره في الحدود ان شاء الله تعالى وأما الحد في القذف فلا شهادة له لان الله تعالى رد شهادته على التأبيد ولا يلزم على هذا الاصل قذف الفاسق والاعمى فانه يوجب اللعان ولا شهادة لهما لان الفاسق له شهادة في الجملة وهما جميعا أهلية الشهادة ألا ترى أن القاضي لو قضى بشهادتهما جاز قضاؤه ومعلوم

انه لا يجوز القضاء بشهادة من ليس من أهل الشهادة كالصبي والمجنون والمملوك الا انه لا تقبل شهادة الاعمى في سائر المواضع لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه لا لانه ليس من أهل الشهادة ثم هذه الشرائط كما هي شرط وجوب اللعان فهي شرط صحة اللعان وجوازه حتى لا يجري اللعان بدونها وعند الشافعي يجري اللعان بين المملوكين والاخرسين والمحدودين في القذف لان هؤلاء من أهل اليمين فكانوا من أهل اللعان وكذا بين الكافرين لان يمين الكافر صحيحة عنده لانه من أهل الاعتاق والكسوة والاطعام ولهذا قال يجوز ظهار الذمي وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة وأبي يوسف انهما اذا التعنا عند الحاكم ولم يفرق بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما لان اللعان لما كان شهادة فالشهود اذا شهدوا عند الحاكم ثم مات أو عزل قبل القضاء بشهادتهم لم يعتد الحاكم بتلك الشهادة وعند محمد لا يستقبل اللعان وقوله لا يخرج على هذا الاصل ولكن الوجه له ان اللعان قائم مقام الحد فاذا التعنا فكأنه أقيم الحد والحد بعد اقامته لا يؤثر فيه العزل والموت والجواب ان حكم القذف لا يتناهى الا بالتفريق فيؤثر العزل والموت قبله ثم ابتداء الدليل لنا في المسئلة ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أربعة لا لعان بينهم وبين أزواجهم لا لعان بين المسلم والكافرة والعبد والحرة والحر والامة والكافر والمسلمة وصورته الكافر أسلمت زوجته فقبل ان يعرض الاسلام على زوجها قذفها بالزنا ( ولنا ) أصل آخر لتخريج المسائل عليه وهو ان كل قذف لا يوجب الحد لو كان القاذف أجنبيا لا يوجب اللعان اذا كان القاذف زوجا لان اللعان موجب القذف في حق الزوج كما ان الحد موجب القذف في الاجنبي وقذف واحد ممن ذكرنا لا يوجب الحد لو كان أجنبيا فاذا كان زوجا لا يوجب اللعان وأما ما احتج به الشافعي عموم آية اللعان الا من خص بدليل ولا حجة له فيه لان الله تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء في آية اللعان واستثناهم من الشهداء المذكورين في آية القذف ولا يدخل واحد ممن ذكرنا في المستثنى منه فكذا في المستثنى لان الاستثناء استخراج من تلك الجملة وتحصيل منها وأما الذي يرجع الى المقذوف به والمقذوف فيه ونفس القذف فنذكره في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به سبب وجوب اللعان وهو القذف عند القاضي فسبب ظهور القذف نوعان أحدهما البينة اذا خاصمت المرأة فأنكر القذف والافضل للمرأة أن تترك الخصومة والمطالبة لما فيها من اشاعة الفاحشة وكذا الترك من باب الفضل والاكرام وقد قال الله تعالى ولا تنسوا الفضل بينكم فان لم تترك وخاصمته الى القاضي يستحسن للقاضي ان يدعوهما الى الترك فيقول لها اتركي وأعرضي عن هذا لانه دعاء الى ستر الفاحشة وانه مندوب اليه فان تركت وانصرفت ثم بدا لها ان تخاصمه فلها ذلك وان تقادم عهده لان ذلك حقها وحق العبد لا يسقط بالتقادم فان خاصمته وادعت عليه انه قذفها بالزنا فجحد الزوج لا يقبل منها في اثبات القذف الا بشهادة رجلين عدلين ولا تقبل شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي كما لا يقبل في اثبات القذف على الاجنبي لان اللعان قائم مقام حد القذف وأسباب الحدود لا يقبل في اثباتها شهادة النساء ولا الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضي الى القاضي لتمكن زيادة شبهة ليست في غيرها والحدود تدرأ بالشبهات والثاني الاقرار بالقذف وشرط ظهور القذف بالبينة والاقرار هو الخصومة والدعوى لما نذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقط اللعان بعد وجوبه وبيان حكمه اذا سقط أو لم يجب أصلا فنقول وبالله التوفيق كل ما يمنع وجوب اللعان اذا اعترض بعد وجوبه يسقط كما اذا جن بعد القذف أو جن أحدهما أو ارتدا أو ارتد أحدهما أو خرسا أو خرس أحدهما أو قذف أحدهما انسانا فحد حد القذف أو وطئت المرأة وطأ حراما فلا يجب عليه الحد وكذا اذا أبانها بعد القذف فلا حد ولا لعان أما عدم وجوب الحد فلان القذف أوجب اللعان فلا يوجب الحد وأما عدم وجوب اللعان فلان الزوجية وقيام الزوجية شرط جريان اللعان لان الله سبحانه

وتعالى خص اللعان بالازواج ولو طلقها طلاقا رجعيا لا يسقط اللعان لان الطلاق الرجعى لا يبطل الزوجية ولو قال لها يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان لان قوله يا زانية أوجب اللعان لا الحد لانه قذف الزوجة ولما قال أنت طالق ثلاثا فقد أبطل الزوجية واللعان لا يجرى فى غير الازواج ولو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد ولا يجب اللعان لانه قذفها بعد الابانة وهى أجنبية بعد الابانة وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان ولو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان لتعذر الاتيان به اذ من المحال ان يؤمر ان يشهد بالله انه لمن الصادقين وهو يقول انه كاذب ويجب الحد لما نذكر فى كتاب الحدود ان شاء الله تعالى ولو أكذبت المرأة نفسها فى الانكار وصدقت الزوج فى القذف سقط اللعان لما قلنا ولا حد لما نذكر ان شاء الله تعالى ولو لم ينعقد القذف موجبا اللعان أصلا لفوات شرط من شرائط الوجوب فهل يجب الحد فمشايخنا أصلوا فى ذلك أصلا فقالوا ان كان عدم وجوب اللعان أو سقوطه بعد الوجوب لمعنى من جانبها فلا حد ولا لعان وان كان القذف صحيحا وان كان لمعنى من جانبه فان لم يكن القذف صحيحا فكذلك وان كان صحيحا يحد وعلى هذا الاصل خرجوا جنس هذه المسائل فقالوا اذا أكذب نفسه يحد لان سقوط اللعان لمعنى من جانبه وهو اكذابه نفسه والقذف صحيح لانه قذف عاقل بالغ فيجب الحد ولو أكذبت نفسها فى الانكار وصدقت الزوج فى القذف فلا حد ولا لعان وان كانت على صفة الالتعان لان سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو اكذابها نفسها ولو كانت المرأة على صفة الالتعان والزوج عبد أو كافر أو محدود فى قذف فعليه الحد لان قذفها قذف صحيح وانما سقط اللعان لمعنى من جهته وهو انه على صفة لا يصح منه اللعان ولو كان الزوج صبيا أو مجنونا فلا حد ولا لعان وان كانت المرأة على صفة الالتعان لان قذف الصبى والمجنون ليس بصحيح ولو كان الزوج حرا عاقلا بالغا مسلما غير محدود فى قذف والزوجة لا بصفة الالتعان بان كانت كافرة أو مملوكة أو صبية أو مجنونة أو زانية فلا حد على الزوج ولا لعان لان قذفها ليس بقذف صحيح ألا ترى ان أجنبيا لو قذفها لا يحد ولو كانت المرأة مسلمة حرة عاقلة بالغة عفيفة الا انها محدودة فى القذف فلا حد ولا لعان لان القذف وان كان صحيحا لكن سقوط اللعان لمعنى من جانبها وهو انها ليست من أهل الشهادة فلا يجب اللعان ولا الحد كما لو صدقته وان كان كل واحد من الزوجين محدودا فى قذف فقذفها فعليه الحد لان القذف صحيح وسقوط اللعان لمعنى فى الزوج ولا يقال انه سقط لمعنى فى المرأة بدليل ان الزوج لو لم يكن محدودا والمرأة محدودة لا يجب اللعان لاعتبار جانبها وان كان السقوط لمعنى من جانبها فينبغى ان لا يجب اللعان ولا الحد لانا نقول القذف الصحيح انما تعتبر فيه صفات المرأة اذا كان الزوج من أهل اللعان فاما اذا لم يكن من أهل اللعان لا تعتبر وانما تعتبر صفات الزوج فيعتبر المانع من جانبه لا من جانبها فكان سقوط اللعان لمعنى فى الزوج بعد صحة القذف فيحد والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم اللعان فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان حكم اللعان والثانى فى بيان ما يبطل حكمه أما بيان حكم اللعان فللعان حكمان أحدهما أصلى والآخر ليس بأصلى أما الحكم الاصلى للعان فنذكر أصل الحكم وصفته أما الاول فنقول اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة هو وجوب التفريق ما داما على حال اللعان لا وقوع الفرقة بنفس اللعان من غير تفريق الحاكم حتى يجوز طلاق الزوج وظهاره وايلاؤه ويجرى التوارث بينهما قبل التفريق وقال زفر والشافعى هو وقوع الفرقة بنفس اللعان الا ان عند زفر لا تقع الفرقة ما لم يلتعنا وعند الشافعى تقع الفرقة بلعان الزوج قبل ان تلتعن المرأة وجه قول الشافعى ان الفرقة أمر يختص بالزوج ألا ترى انه هو المختص بسبب الفرقة فلا يقف وقوعها على فعل المرأة كالطلاق واحتج زفر بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وفى بقاء النكاح اجتماعهما وهو خلاف النص ولنا ما روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما ان رجلا لاعن امرأته فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة وعن ابن عباس رضى الله عنهما ان النبى صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عاصم بن عدى

وبين

وبين امرأته فرق بينهما وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وبين امرأته فلما فرغا من اللعان فرق بينهما ثم قال عليه الصلاة والسلام الله يعلم ان أحدكما لكاذب فهل منكما تائب قال ذلك ثلاثا فأبيا ففرق بينهما فدلت الاحاديث على ان الفرقة لا تقع بلعان الزوج ولا بلعانهما اذ لو وقعت لما احتمل التفريق من رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وقوع الفرقة بينهما بنفس اللعان ولان ملك النكاح كان ثابتا قبل اللعان والاصل ان الملك متى ثبت لانسان لا يزول الا بازالته أو بخروجه من ان يكون منتفعا به فى حقه لعجزه عن الانتفاع به ولم توجد الازالة من الزوج لان اللعان لا ينبئ عن زوال الملك لانه شهادة مؤكدة باليمين أو يمين وكل واحد منهما لا ينبئ عن زوال الملك ولهذا لا يزول بسائر الشهادات والايمان والقدرة على الامتناع ثابتة فلا تقع الفرقة بنفس اللعان وقد خرج الجواب عما ذكره الشافعى ثم قول الشافعى مخالف لآية اللعان لان الله تعالى خاطب الازواج باللعان بقوله عز وجل والذين يرمون أزواجهم الى آخر ما ذكر فلو ثبتت الفرقة بلعان الزوج فالزوجة تلاعنه وهى غير زوجة وهذا خلاف النص وأما زفر فلا حجة له فى الحديث لان المتلاعن متفاعل من اللعن وحقيقة المتفاعل المتشاغل بالفعل فبعد الفراغ منه لا يبقى فاعلا حقيقة فلا يبقى ملاعنا حقيقة فلا يصح التمسك به لاثبات الفرقة عقيب اللعان فلا تثبت الفرقة عقيبه وانما الثابت عقيبه وجوب التفريق فان فرق الزوج بنفسه والا ينوب القاضى منابه فى التفريق فاذا فرق بعد تمام اللعان وقعت الفرقة فان أخطأ القاضى ففرق قبل تمام اللعان ينظر ان كان كل واحد منهما قد التعن أكثر اللعان نفذ التفريق وان لم يلتعنا أكثر اللعان أو كان أحدهما لم يلتعن أكثر اللعان لم ينفذ وانما كان كذلك لان تفريق القاضى اذا وقع بعد أكثر اللعان فقد قضى بالاجتهاد فى موضع يسوغ الاجتهاد فيه فينفذ قضاؤه كما فى سائر المجتهدات والدليل على ان تفريقه صادف محل الاجتهاد وجوه ثلاثة احدها انه عرف أن الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام فاقتضى اجتهاده الى أن الاكثر يقوم مقام الكل فى اللعان والثانى انه اجتهد ان التكرار فى اللعان للتأكيد والتغليظ وهذا المعنى يوجد فى الاكثر والثالث انه زعم انه لما ساغ للشافعى الاقتصار على لعان الزوج اذا قذف المجنونة أو الميتة فلان يسوغ له الاجتهاد بعد اكمال الزوج لعانه واتيان المرأة بأكثر اللعان أولى فثبت ان قضاء القاضى صادف محل الاجتهاد فينفذ فان قيل شرط جواز الاجتهاد ان لا يخالف النص وهذا قد خالف النص من الكتاب والسنة لان كتاب الله ورد باللعان بعدد مخصوص وكذا النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بين الزوجين على ذلك العدد واذا كان العدد منصوصا عليه فالاجتهاد اذا خالف النص باطل فالجواب ممنوع ان اجتهاد القاضى خالف النص فان التنصيص على عدد لا ينفى جواز الاكثر واقامته مقام الكل ولا يقتضى الجواز أيضا فلم يكن الحكم منصوصا عليه بل كان مسكوتا عنه فكان محل الاجتهاد وفائدته التنصيص على العدد المذكور والتنبيه على الاصل والاولى وهذا لا ينفى الجواز وأما الثانى فقد اختلف العلماء فيه أيضا قال أبو حنيفة ومحمد الفرقة فى اللعان فرقة بتطليقة بائنة فيزول ملك النكاح وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج ماداما على حالة اللعان فان أكذب الزوج نفسه فجلد الحد أو أكذبت المرأة نفسها بان صدقته جاز النكاح بينهما و يجتمعان وقال أبو يوسف وزفر والحسن بن زياد هى فرقة بغير طلاق وانها توجب حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع والمصاهرة واحتجوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وهو نص فى الباب وكذا روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل عمر وعلى وعبد الله بن مسعود وغيرهم رضى الله عنهم انهم قالوا المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ولابى حنيفة ومحمد ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين عويمر العجلانى وبين امرأته فقال عويمر كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فهى طالق ثلاثا وفى بعض الروايات كذبت عليها ان لم أفارقها فهى طالق ثلاثا فصار طلاق الزوج عقيب اللعان سنة المتلاعنين لان عويمر طلق زوجته ثلاثا بعد اللعان عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فانفذها عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيجب على كل ملاعن ان يطلق فاذا امتنع ينوب القاضى منابه فى

التفريق فيكون طلاقا كما فى العنين ولان سبب هذه الفرقة قذف الزوج لانه يوجب اللعان واللعان يوجب
التفريق والتفريق يوجب الفرقة فكانت الفرقة بهذه الوسائط مضافة الى القذف السابق وكل فرقة تكون من
الزوج أو يكون فعل الزوج سببها تكون طلاقا كما فى العنين والخلع والايلاء ونحو ذلك وهو قول السلف ان كل
فرقة وقعت من قبل الزوج فهى طلاق من نحو ابراهيم والحسن وسعيد بن جبير وقتادة وغيرهم رضى الله عنهم وأما
الحديث فلا يمكن العمل بحقيقته لما ذكرنا ان حقيقة المتفاعل هو المتشاغل بالفعل وكما فرغا من اللعان ما بقيا متلاعنين
حقيقة فانصرف المراد الى الحكم وهو ان يكون حكم اللعان فيهما ثابتا فاذا أكذب الزوج نفسه وحد حد القذف
بطل حكم اللعان فلم يبق متلاعنا حقيقة وحكما فجاز اجتماعهما ونظيره قوله تعالى فى قصة أصحاب الكهف انهم ان
يظهروا عليكم يرجموكم أو يعيدوكم فى ملتهم ولن تفلحوا اذا أبدا أى ما داموا فى ملتهم ألا ترى انهم اذا لم يفعلوا يفلحوا
فكذا هذا وأما الحكم الذى ليس بأصلى للعان فهو وجوب قطع النسب فى أحد نوعى القذف وهو القذف بالولد لما
روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن أمية وبين زوجته وفرق بينهما نفى الولد عنه والحقه
بالمرأة فصار النفى أحد حكمى اللعان ولان القذف اذا كان بالولد فغرض الزوج ان ينفى ولدا ليس منه فى زعمه فوجب
النفى تحقيقا لغرضه واذا كان وجوب نفيه أحد حكمى اللعان فلا يجب قبل وجوده وعلى هذا قلنا ان القذف اذا لم
ينعقد موجبا للعان أو سقط بعد الوجوب ووجب الحد أو لم يجب أو لم يسقط لكنهما لم يتلاعنا بعد لا ينقطع نسب
الولد وكذا اذا نفى نسب ولد حرة فصدقته لا ينقطع نسبه لتعذر اللعان لما فيه من التناقض حيث تشهد بالله انه لمن
الكاذبين وقد قالت انه صادق واذا تعذر اللعان تعذر قطع النسب لانه حكمه ويكون ابنهما لا يصدقان على نفيه لان
النسب قد ثبت والنسب الثابت بالنكاح لا ينقطع الا باللعان ولم يوجد ولا معتبر بتصادقهما على النفى لان النسب يثبت
حقا للولد وفى تصادقهما على النفى ابطال حق الولد وهذا لا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا كان علوق الولد فى حال
لا لعان بينهما فيها ثم صارت بحيث يقع بينهما اللعان نحو ما اذا علقت وهى كتابية أو أمة ثم أعتقت الامة أو أسلمت
الكتابية فولدت فنفاه انه لا ينقطع نسبه لانه لا يلاعن بينهما لعدم أهلية اللعان وقت العلوق وقطع النسب حكم اللعان
ثم لوجود قطع النسب شرائط منها التفريق لان النكاح قبل التفريق قائم فلا يجب النفى ومنها ان يكون القذف بالنفى
بحضرة الولادة أو بعدها بيوم أو بيومين أو نحو ذلك من مدة توجد فيها التهنئة أو ابتياع آلات الولادة عادة فان نفاه بعد
ذلك لا ينتفى ولم يوقت أبو حنيفة لذلك وقتا وروى عن أبى حنيفة انه وقت له سبعة أيام وأبو يوسف ومحمد وقتاه بأكثر
النفاس وهو أربعون يوما واعتبر الشافعى الفور فقال ان نفاه على فور النفى والا لزمه وجه قوله ان ترك النفى على
الفور اقرار منه دلالة فكان كالاقرار نصا وجه قولهما ان النفاس أثر الولادة فيصح نفى الولد ما دام أثر الولادة ولابى
حنيفة ان هذا أمر يحتاج الى التأمل فلا بد له من زمان التأمل وانه يختلف باختلاف الاشخاص والاحوال فتعذر
التوقيت فيه فيحكم فيه العادة من قبول التهنئة وابتياع آلات الولادة أو مضى مدة يفعل ذلك فيها عادة فلا يصح نفيه
بعد ذلك وبهذا يبطل اعتبار الفور لان معنى التأمل والتروى لا يحصل بالفور وعلى هذا لو نفى الغائب عن امرأته
اذا ولدت ولم يعلم بالولادة حتى قدم أو بلغه الخبر وهو غائب انه له ان ينفى عند أبى حنيفة فى مقدار تهنئة الولد وابتياع
آلات الولادة وعندهما فى مقدار مدة النفاس بعد القدوم أو بلوغ الخبر لان النسب لا يلزم الا بعد العلم به فصار حال
القدوم وبلوغ الخبر كحال الولادة على المذهبين جميعا وروى عن أبى يوسف انه قال ان قدم قبل الفصال فله ان ينفيه
فى مقدار مدة النفاس وان قدم بعد الفصال فليس له ان ينفيه ولم يرو هذا التفصيل عن محمد كذا ذكره القدورى ووجهه
ان الولد قبل الفصال لم ينتقل عن غذائه الاول فصار كمدة النفاس وبعد الفصال انتقل عن ذلك الغذاء وخرج عن حال
الصغر فلو احتمل النفى بعد ذلك لاحتمل بعد ما صار شيخا وذلك قبيح وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى
انه ان بلغه الخبر فى مدة النفاس فله ان ينفى الى تمام مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد أربعين فقد روى عن أبى يوسف

انه

انه قال له أن ينفى الى تمام سنتين لانه لما مضى وقت النفاس يعتبر وقت الرضاع ومدته سنتان عندهما ولو بلغه الخبر بعد حولين فنفاه ذكر فى غير رواية الاصول عن أبى يوسف انه لا يقطع النسب و يلاعن وعن محمد انه قال ينتفى الولد اذا نفاه بعد بلوغ الخبر الى أربعين يوما ومنها أن لا يسبق النفى عن الزوج ما يكون اقرارا منه بنسب الولد لا نصا ولا دلالة فان سبق لا يقطع النسب من الاب لان النسب بعد الاقرار به لا يحتمل النفى بوجه لانه لما أقر به فقد ثبت نسبه والنسب حق الولد فلا يملك الرجوع عنه بالنفى فالنص نحو ان يقول هذا ولدى أو هذا الولد منى والدلالة هى ان يسكت اذا هنئ ولا يرد على المهنئ لان العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه عادة فكان السكوت والحالة هذه اعترافا بنسب الولد فلا يملك نفيه بعد الاعتراف وروى ابن رستم عن محمد انه اذا هنئ بولد الامة فسكت لم يكن اعترافا وان سكت فى ولد الزوجة كان اعترافا ووجه الفرق ان نسب ولد الزوجة قد ثبت بالفراش الا ان له غرضية النفى من الزوج فاذا سكت عند التهنئة دل على انه لا ينفيه فبطلت الغرضية فتقرر النسب فاما ولد الامة فلا يثبت نسبه الا بالدعوة ولم توجد فان جاءت بولدين فى بطن فاقر باحدهما ونفى الآخر فان أقر بالاول ونفى الثانى لاعن ولزمه الولدان جميعا اما لزوم الولدين فلان اقراره بالاول اقرار بالثانى لان الحمل حمل واحد فلا يتصور ثبوت بعض نسب الحمل دون بعض كالواحد انه لا يتصور ثبوت نسب بعضه دون بعض فاذا نفى الثانى فقد رجع عما أقر به والنسب المقر به لا يحتمل الرجوع عنه فلم يصح نفيه فيثبت نسبهما جميعا و يلاعن لان من أقر بنسب ولد ثم نفاه يلاعن وان كان لا يقطع نسبه لان قطع النسب ليس من لوازم اللعان بل ينفصل عنه فى الجملة ألا ترى انه شرع فى المقذوفة بغير ولد وانما وجب اللعان لانه لما أقر بالاول فقد وصف امرأته بالعفة ولما نفى الولد فقد وصفها بالزنا ومن قال لامرأته أنت عفيفة ثم قال لها أنت زانية يلاعن وان نفى الاول وأقر بالثانى حد ولا لعان و يلزمه جميعا أما ثبوت نسب الولدين فلان نفى الاول وان تضمن نفى الثانى فالاقرار بالثانى يتضمن الاقرار بالاول فيصير مكذبا نفسه ومن وجب عليه اللعان اذا أكذب نفسه يحد واذا حد لا يلاعن لانهما لا يجتمعان ولانه لما نفى الاول فقد قذفها بالزنا فلما أقر بالثانى فقد وصفها بالعفة ومن قال لامرأته أنت زانية ثم قال لها أنت عفيفة يحد حد القذف ولا يلاعن ومنها ان يكون الولد حيا وقت قطع النسب وهو وقت التفريق فان لم يكن لا ينقطع نسبه من الاب حتى لو جاءت بولد فمات ثم نفاه الزوج يلاعن و يلزمه الولد لان النسب يتقرر بالموت فلا يحتمل الانقطاع ولكنه يلاعن لوجود القذف بنفى الولد وانقطاع النسب ليس من لوازم اللعان وكذلك اذا جاءت بولدين أحدهما ميت فنفاهما يلاعن و يلزمه الولدان لما قلنا وكذلك اذا جاءت بولد فنفاه الزوج ثم مات الولد قبل اللعان يلاعن الزوج و يلزمه الولد لما قلنا وكذا لو جاءت بولدين فنفاهما ثم ماتا قبل اللعان أو قتلا يلاعن و يلزمه الولدان لان النسب بعد الموت لا يحتمل القطع و يلاعن لما قلنا وكذا لو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان أو قتل لزمه الولدان لان نسب الميت منهما لا يحتمل القطع لتقرره بالموت فكذا نسب الحى لانهما توأمان وأما اللعان فقد ذكر الكرخى انه يلاعن ولم يذكر الخلاف وكذا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى وذكر ابن سماعة الخلاف فى المسئلة فقال عند أبى يوسف يبطل اللعان وعند محمد لا يبطل وجه قول محمد ان اللعان قد وجب بالنفى فلو بطل انما يبطل لامتناع قطع النسب وامتناعه لا يمنع بقاء اللعان لان قطع النسب ليس من لوازم اللعان ولابى يوسف ان المقصود من اللعان الواجب بهذا القذف أعنى القذف بنفى الولد هو نفى الولد فاذا تعذر تحقيق هذا المقصود لم يكن فى بقاء اللعان فائدة فلا ينفى الولد ولو ولدت ولدا فنفاه ولاعن الحاكم بينهما وفرق والزم الولد أمه أو لزمها بنفس التفريق ثم ولدت ولدا آخر من الغد لزمه الولدان جميعا واللعان ماض لانه قد ثبت نسب الولد الثانى اذ لا يمكن قطعه لعدم اللعان لان حكم اللعان قد بطل بالفرقة فيثبت نسب الولد الثانى وان قال الزوج هما ابناى لا حد عليه لانه صادق فى اقراره بنسب الولدين لكونهما ثابتى النسب منه شرعا فان قيل أليس انه أكذب نفسه بقوله هما ابناى لانه سبق منه نفى الولد ومن

نفى الولد فلو عن ثم أكذب نفسه فيقام عليه الحد كما اذا جاءت بولد واحد فقال هذا الولد ليس منى فلاعن الحاكم بينهما ثم
قال هو ابنى فالجواب ان قوله هما ابناى يحتمل الاكذاب و يحتمل الاخبار عن حكم لزمه شرعا وهو ثبوت نسب
الولدين فلا يجعل اكذابا مع الاحتمال بل حمله على الاخبار أولى لانه لو جعل اكذابا للزمه الحد ولو جعل اخبارا عما قلنا
لا يلزمه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم حتى لو قال كذبت
فى اللعان وفيما قذفتها به من الزنا يحد لانه نص على الاكذاب فزال الاحتمال وقد قال مشايخنا ان الاقرار بالولد بعد
النفى انما يكون اكذابا اذا كان المقر بحال لو لم يقر به للوعن به اذا كان من أهل اللعان وههنا لم يوجد لانه لو لم يقر بهما لم
يلاعن بخلاف الفصل الاول فانه لو لم يقر بهما للوعن به وعلى هذا قالوا لو ولدت امرأته ولدا فقال هو ابنى ثم ولدت آخر
فنفاه ثم اقر به لاحد عليه لانه لم يصر مكذبا نفسه بهذا الاقرار ألا ترى انه لو لم يقر به لا يلاعن بنفى الولد لثبوت نسب
الولدين ولو قال ليسا ابنى كانا ابنيه ولا حد عليه لانه أعاد القذف الاول وكرره لتقدم القذف منه واللعان والملاعن اذا
كرر القذف لا يجب عليه الحد ولو طلق امرأته طلاقا رجعيا فجاءت بولد لاقل من سنتين بيوم فنفاه ثم جاءت بولد بعد
سنتين بيوم فاقر به فقد بانت ولا لعان ولا حد فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد هذه رجعية وعلى الزوج الحد
فنذكر أصلهما وأصله ونخرج المسئلة عليه فمن أصلهما ان الولد الثانى يتبع الولد الاول لانها جاءت به فى مدة يثبت
نسبه فيها وهكذا هو سابق فى الولادة فكان الثانى تابعا له فجعل كانها جاءت بهما لاقل من سنتين فلا تثبت الرجعة
فتبين بالولد الثانى فتصير أجنبية فيتعذر اللعان ومن أصله ان الولد الاول يتبع الثانى لان الثانى حصل من وطء حادث
بعد الطلاق بيقين اذ الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين والاول يحتمل انه حصل من وطء حادث أيضا وانما نرد
المحتمل الى المحكم فجعل الاول تابعا للثانى فصار كانها ولدتهما بعد سنتين والمطلقة طلاقا رجعيا اذا جاءت بولد لاكثر
من سنتين تثبت الرجعة لانه يكون من وطء حادث بعد الطلاق بيقين فيصير مراجعا لها بالوطء فاذا أقر بالثانى بعد
نفى الاول فقد أكذب نفسه فيحد وان كان الطلاق بائنا والمسئلة بحالها يحد ويثبت نسب الولدين عندهما وعند
محمد لا حد ولا لعان ولا يثبت نسب الولدين لان من أصلهما ان الولد الثانى يتبع الاول فتجعل كانها جاءت بهما لاقل
من سنتين فيثبت نسبهما ولا يجب اللعان لزوال الزوجية ويجب الحد لاكذاب نفسه ومن أصله ان الاول يتبع
الثانى ويجعل كانها جاءت به لاكثر من سنتين والمرأة مبتوتة والمبتوتة اذا جاءت بولد لاكثر من سنتين لا يثبت نسب
الولد ولا يحد قاذفها لان معها علامة الزنا وهو ولد غير ثابت النسب فلم تكن عفيفة فلا يجب الحد على قاذفها ومنها ان
لا يكون نسب الولد محكوما بثبوته شرعا كذا ذكر الكرخى فان كان لا يقطع نسبه فصورته ما روى عن أبى يوسف انه
قال فى رجل جاءت امرأته بولد فنفاه ولم يلاعن حتى قذفها أجنبى بالولد الذى جاءت به فضرب القاضى الاجنبى الحد
فان نسب الولد يثبت من الزوج ويسقط اللعان لان القاضى لما حد قاذفها بالولد فقد حكم بكذبه والحكم بكذبه حكم
بثبوت نسب الولد والنسب المحكوم بثبوته لا يحتمل النفى باللعان كالنسب المقر به وانما سقط اللعان لان الحاكم لما حد
قاذفها فقد حكم باحصانها فى عين ما قذفت به ثم اذا قطع النسب من الاب والحق الولد بالام يبقى النسب فى حق سائر
الاحكام من الشهادة والزكاة والقصاص وغيرها حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر وصرف الزكاة اليه ولا يجب
القصاص على الاب بقتله ونحو ذلك من الاحكام الا انه لا يجرى التوارث بينهما ولا نفقة على الاب لان النفى باللعان
يثبت شرعا بخلاف الاصل بناء على زعمه وظنه مع كونه مولودا على فراشه وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولد
للفراش فلا يظهر فى حق سائر الاحكام

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يبطل به حكم اللعان فكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق
وهو ما ذكرنا من جنونهما بعد اللعان قبل التفريق أو جنون أحدهما أو خرسهما أو خرس أحدهما أو ردتهما أو ردة
أحدهما أو صيرورة أحدهما محدودا فى قذف أو صيرورة المرأة موطوءة وطأ حراما أو اكذاب أحدهما نفسه حتى

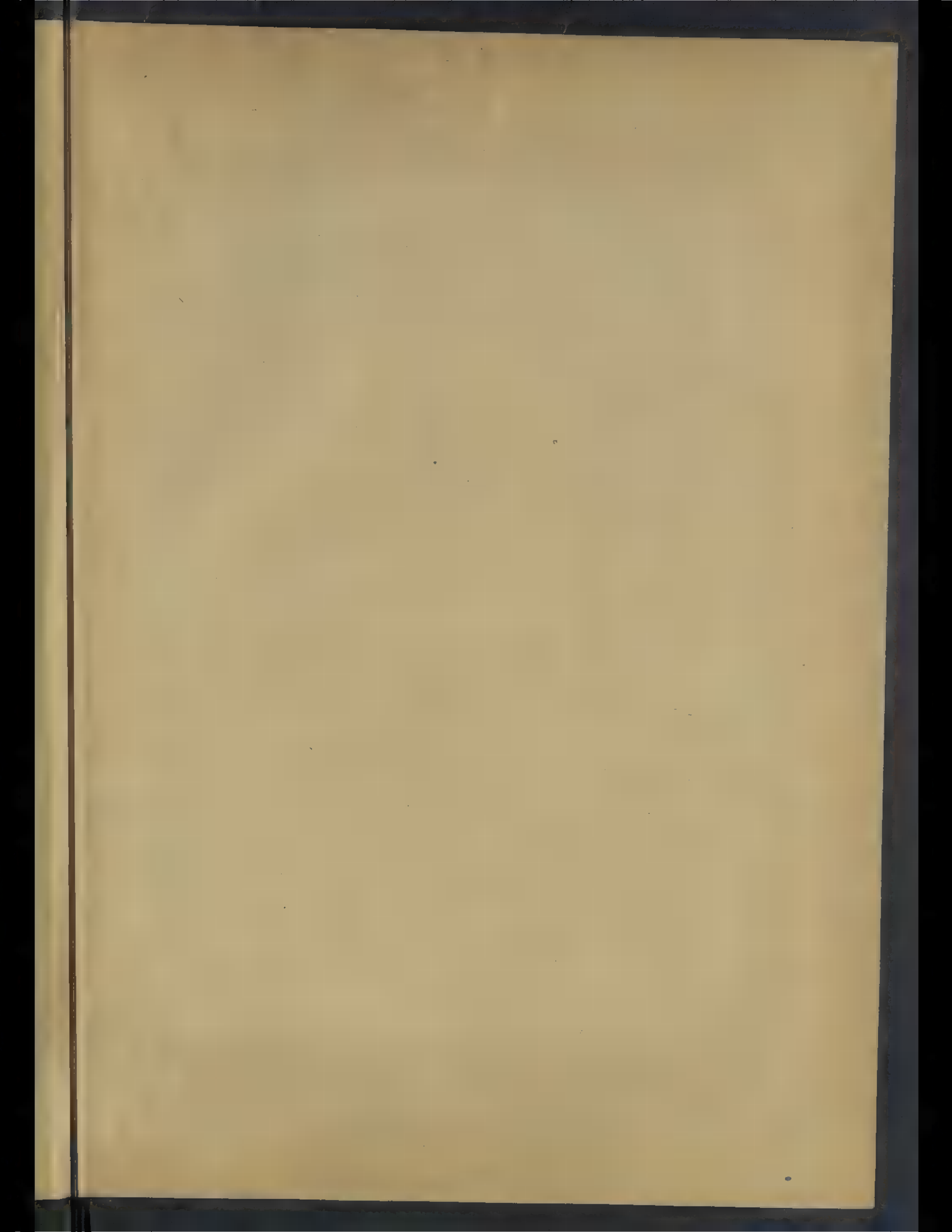
لا يفرق الحاكم بينهما ويكونان على نكاحهما والاصل ان بقاءهما على حال اللعان شرط بقاء حكم اللعان فان بقيا على حال اللعان بقي حكم اللعان والا فلا وانما كان كذلك لان اللعان شهادة ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة الى ان يتصل القضاء بشهادته حتى يجب القضاء بها وقد زالت صفة الشهادة بهذه العوارض فلا يجوز للقاضي التفريق ولو لاعنها بالولد ثم قذفها هو أو غيره لا يجب الحد ولو لاعنها بغير الولد ثم قذفها هو أو غيره يجب عليه الحد والفرق ان اللعان لا يوجب تحقيق الزنا منها فلا تزول عفتها باللعان الا ان في اللعان بالولد قذفها ومعها علامة الزنا وهو الولد بغير أب فلم تكن عفيفة فلا يقام الحد على قاذفها ولم يوجد ذلك في اللعان بغير ولد فبقيت عفتها فيجب الحد على قاذفها ولو أكذب نفسه بعد اللعان بولد أو بغير ولد ثم قذفها هو أو غيره يجب الحد لان اللعان لا يحقق الزنا والولد بلا أب مع الاكذاب لا يكون علامة الزنا فتكون عفتها قائمة فيحد قاذفها والله عز وجل أعلم

﴿ تم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب الرضاع ﴾



( فهرست الجزء الثالث من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع )

﴿تمت﴾





الجزء الرابع

من

# كتاب

# بدائع الصنائع

# في

# ترتيب الشرائع

## تأليف

( الامام علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب )
( بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجريه )

( الطبعة الأولى )

سنة ١٣٢٨ هـ — ١٩١٠ م

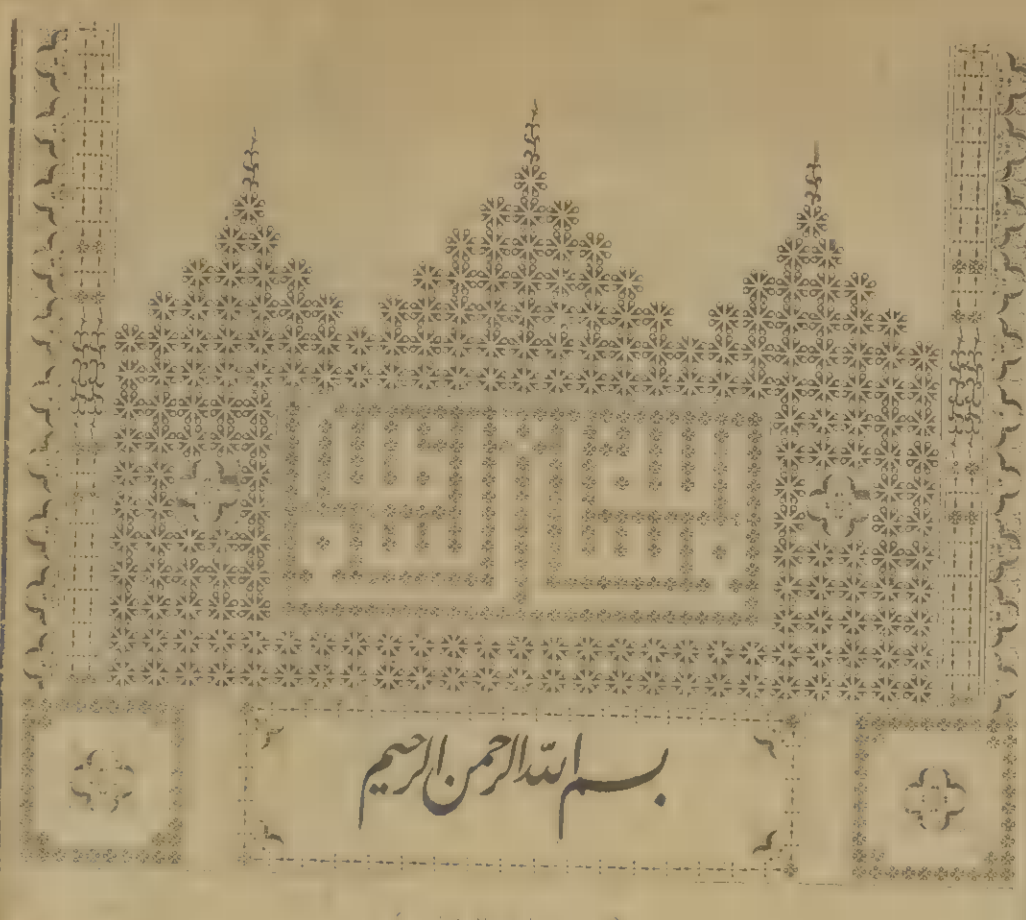
( على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جابري زاده )
( وفضيلة الحاج مراد أفندي جابري زاده وممد أمين الخانجي الكتبي وشركاه )



طبع بمطبعة الجمالية - بمصر

( مكتبة بحارة الروم بعطفة التتري )

( [illegible] )



بسم الله الرحمن الرحيم

## ﴿ كتاب الرضاع ﴾

قد ذكرنا فى كتاب النكاح ان المحرمات نكاحا على التأبيد أنواع ثلاثة محرمات بالقرابة ومحرمات بالصهرية ومحرمات بالرضاع وقد بينا المحرمات بالقرابة والصهرية فى كتاب النكاح وهذا الكتاب وضع لبيان المحرمات بالرضاع والكلام فى هذا الكتاب يقع فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان المحرمات بالرضاع والثانى فى بيان صفة الرضاع المحرم والثالث فى بيان ما يثبت به الرضاع

﴿ فصل ﴾ أما الاول فالاصل ان كل من يحرم بسبب القرابة من الفرق السبع الذين ذكرهم الله عز وجل فى كتابه الكريم نصا أو دلالة على ما ذكرنا فى كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاعة الا ان الحرمة فى جانب المرضعة متفق عليها وفى جانب زوج المرضعة مختلف فيها أما تفسير الحرمة فى جانب المرضعة فهو ان المرضعة تحرم على المرضع لانها صارت أماله بالرضاع فتحرم عليه لقوله عز وجل وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم معطوفا على قوله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم فسماها سبحانه وتعالى ام المرضع وحرمها عليه وكذا بناتها يحرمن عليه سواء كن من صاحب اللبن أو من غير صاحب اللبن من تقدم منهن ومن تأخر لانهن اخواته من الرضاعة وقد قال الله عز وجل واخواتكم من الرضاعة اثبت تعالى الاخوة بين بنات المرضعة وبين المرضع والحرمة بينهما مطلقا من غير فصل بين اخت واخت وكذا بنات بناتها وبنات ابنائها وان سفلن لانهن بنات أخ المرضع واخته من الرضاعة وهن يحرمن من النسب كذا من الرضاعة ولو ارضعت امرأة صغيرين من اولاد الاجانب صارا اخوين لكونهما من اولاد المرضعة فلا يجوز المناكحة بينهما اذا كان احدهما انثى والاصل فى ذلك ان كل اثنين اجتمعا على ثدى واحد صارا اخوين او اختين او اخا واختا من الرضاعة فلا يجوز لاحدهما ان

يتزوج بالآخر ولا بولده كما في النسب وامهات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن جداته من قبل امه من الرضاعة وآباء المرضعة اجداد المرضع من الرضاعة فيحرم عليهم كما في النسب واخوات المرضعة يحرمن على المرضع لانهن خالاته من الرضاعة وأخوتها اخوال المرضع فيحرم عليهم كما في النسب فاما بنات اخوة المرضعة واخواتها فلا يحرمن على المرضع لانهن بنات اخواله وخالاته من الرضاعة وانهن لا يحرمن من النسب فكذا من الرضاعة وتحرم المرضعة على ابناء المرضع وابناء ابنائه وان سفلوا كما في النسب هذا تفسير الحرمة في جانب المرضعة والاصل في هذه الجملة قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فيجب العمل بعمومه الا ما خص بدليل واما الحرمة في جانب زوج المرضعة التي نزل لها منه لبن فثبتت عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن رافع بن خديج رضي الله عنه أنه قال لا تثبت وهو قول سعيد بن المسيب وعطاء بن يسار وبشر المريسي ومالك وهي المسئلة الملقبة عند الفقهاء بلبن الفحل انه هل يحرم أولا وتفسير تحريم لبن الفحل ان المرضعة تحرم على زوج المرضعة لانها ابنته من الرضاع وكذا على ابنائه الذين من غير المرضعة لانهم اخوتها لاب من الرضاعة وكذا على ابناء ابنائه وابناء بناته من غير المرضعة لانهم ابناء اخوة المرضعة واخواتها لاب من الرضاعة وعلى هذا اذا كان لرجل امرأتان فحملتا منه وارضعت كل واحدة منهما صغيرا أجنبيا فقد صارا اخوين لاب من الرضاعة فان كان احدهما انثى فلا يجوز النكاح بينهما لان الزوج اخوها لابيها من الرضاعة وان كانا انثيين لا يجوز لرجل ان يجمع بينهما لانهما أختان لاب من الرضاعة وتحرم على آباء زوج المرضعة لانهم اجداد لها من قبل الاب من الرضاعة وكذا على اخوته لانهم اعمامها من الرضاعة واخواته عمات المرضع فيحرمن عليه واما اولاد اخوته واخواته فلا تحرم المناكحة بينهم لانهم اولاد الاعمام والعمات ويجوز النكاح بينهم في النسب فيجوز في الرضاع هذا تفسير لبن الفحل احتج من قال انه لا يحرم بان الله عز وجل بين الحرمة في جانب المرضعة ولم يبين في جانب الزوج بقوله تعالى وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ولو كانت الحرمة ثابتة في جانبه لبينها كما بين في النسب بقوله عز وجل حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ولان المحرم هو الارضاع وانه وجد منها لا منه فصارت بنتا لها لا له والدليل عليه انه لو نزل للزوج لبن فارضعت منه صغيرة لا تحرم عليه فاذا لم تثبت الحرمة بلبنه فكيف تثبت بلبن غيره ولنا الحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان عائشة رضي الله عنها قالت جاء عمي من الرضاعة فاستأذن علي فابيت ان آذن له حتى أستأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم انه عمك فأذني له فقلت يا رسول الله انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انه عمك فليلج عليك قالت عائشة رضي الله عنها وذلك بعد ان ضرب علينا الحجاب أي بعد أمر الله عز وجل النساء بالحجاب عن الاجانب وقيل كان الداخل عليها أفلح أخا أبي القعيس وكانت امرأة أبي القعيس أرضعتها وعن عمرة أن عائشة رضي الله عنها أخبرتها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عندها وانها سمعت صوت رجل يستأذن في بيت حفصة قالت عائشة فقلت يا رسول الله هذا رجل يستأذن في بيتك فقال أراه فلانا لعم حفصة من الرضاعة فقلت يا رسول الله لو كان فلان حيا لعمي من الرضاعة أكان يدخل علي فقال نعم ان الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة وعن علي رضي الله عنه انه قال لا تنكح من أرضعته امرأة أبيك ولا امرأة أخيك ولا امرأة ابنك وعن ابن عباس رضي الله عنهما انه سئل عن رجل له امرأتان أو جارية وامرأة فارضعت هذه غلاما وهذه جارية هل يصلح للغلام أن يتزوج الجارية فقال رضي الله عنه لا اللقاح واحد بين الحكم وأشار الى المعنى وهو اتحاد اللقاح ولان المحرم هو اللبن وسبب اللبن هو ماء الرجل والمرأة جميعا فيجب ان يكون الرضاع منهما جميعا كما كان الولد لهما جميعا واما قولهم ان الله تعالى بين الحرمة في جانب المرضعة لا في جانب زوجها فنقول ان لم يبينها نصا فقد بينها دلالة وهذا لان البيان من الله تعالى بطريقين بيان احاطة وبيان كفاية فبين في النسب بيان احاطة وبين في الرضاع بيان كفاية تسليطا

للمجتهدين على الاجتهاد والاستدلال بالمنصوص عليه على غيره وهو ان الحرمة في جانب المرضعة لمكان اللبن
وسبب حصول اللبن ونزوله هو ماؤهما جميعا فكان الرضاع منهما جميعا وهذا لان اللبن انما يوجب الحرمة لاجل
الجزئية والبعضية لانه ينبت اللحم وينشر العظم على ما نطق به الحديث ولما كان سبب حصول اللبن ونزوله ماءهما
جميعا وبارتضاع اللبن تثبت الجزئية بواسطة نبات اللحم يقام سبب الجزئية مقام حقيقة الجزئية في باب الحرمات
احتياطا والسبب يقام مقام المسبب خصوصا في باب الحرمات أيضا ألا ترى ان المرأة تحرم على جدها كما تحرم على
أبيها وان لم يكن تحريمها على جدها منصوصا عليه في الكتاب العزيز لكن لما كان مبينا بيان كفاية وهو ان البنت
وان حدثت من ماء الاب حقيقة دون ماء الجد لكن الجد سبب ماء الاب أقيم السبب مقام المسبب في حق الحرمة
احتياطا كذا ههنا والدليل عليه انه لما لم يذكر البنات من الرضاعة نصا لم يذكر بنات الاخوة والاخوات من
الرضاعة نصا وانما ذكر الاخوات ثم ذكر لبنات الاخوة والاخوات دلالة حتى حرمن بالاجماع كذا ههنا على انه
ان لم يبين بوحي متلو فقد بين بوحي غير متلو على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من
النسب وقد خرج الجواب عن قولهم ان الارضاع وجد منها لما ذكرنا انه وجد منهما لان سبب حصول اللبن ماؤهما
جميعا فكان الارضاع منهما جميعا واما الزوج اذا نزل له لبن فارتضعت به صغيرة فذلك لا يسمى رضاعا عرفا وعادة
ومعنى الرضاع أيضا لا يحصل به وهو اكتفاء الصغير به في الغذاء لانه لا يغنيه من جوع فصار كلبن الشاة والله عز
وجل أعلم ثم انما تثبت الحرمة من جانب الزوج اذا كان لها زوج فاما اذا لم يكن لها زوج بان ولدت من الزنا
فنزل لها لبن فأرضعت به صبيا فالرضاع يكون منها خاصة لا من الزاني لان نسبه يثبت منها لا من الزاني والاصل ان
كل من يثبت منه النسب يثبت منه الرضاع ومن لا يثبت منه النسب لا يثبت منه الرضاع وكذا البكر اذا نزل لها
لبن وهي لم تتزوج قط فالرضاع يكون منها خاصة والله الموفق وكذا كل من يحرم بسبب المصاهرة من الفرق الاربع
الذين وصفناهم في كتاب النكاح يحرم بسبب الرضاع فيحرم على الرجل أم زوجته وبنتها من زوج آخر من الرضاع
كما في النسب الا ان الام تحرم بنفس العقد على البنت اذا كان صحيحا والبنت لا تحرم الا بالدخول بالام كما في النسب
وكذا جدات زوجته من أبيها وأمها وان علون أو بنات بناتها أو بنات أبنائها وان سفلن من الرضاع كما في النسب
وكذا تحرم حليلة ابن الرضاع وابن ابن الرضاع وان سفل على أب الرضاع وأب أبيه وان علا كما في النسب وتحرم
منكوحة أب الرضاع وأب أبيه وان علا على ابن الرضاع وابن ابنه وان سفل كما في النسب وكذا تحرم أم
الموطوءة وبنتها من الرضاع على الواطئ وكذا جداتها وبنات بناتها كما في النسب وتحرم الموطوءة على أب الواطئ
وابنه من الرضاع وكذا على أجداده وان علوا وعلى أبناء أبنائه وان سفلوا كما في النسب سواء كان الوطء حلالا بان
كان بملك اليمين أو الوطء بنكاح فاسد أو شبهة نكاح أو كان زنا عندنا وعند الشافعي الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة
فلا يوجب حرمة الرضاع والمسألة قد مرت في كتاب النكاح ثم قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب يجري على عمومه الا في مسئلتين احداهما انه لا يجوز للرجل ان يتزوج باخت ابنه من النسب
لامه وهو ان يكون لابنه أخت لامه من النسب من زوج آخر كان لها ويجوز له أن يتزوج أخت ابنه من الرضاع
وهو ان يكون لابنه من الرضاع أخت من النسب لم ترضعها امرأته لان المانع من الجواز في النسب كون أم الاخت
موطوءة الزوج لان أمها اذا كانت موطوءة كانت هي بنت الموطوءة وانها حرام وهذا لم يوجد في الرضاع ولو وجد
لا يجوز كما لا يجوز في النسب والثانية انه لا يجوز للرجل ان يتزوج أم أخته من النسب لابيه وهو ان يكون له أخت
من أبيه من النسب لا من أمه لا يجوز له ان يتزوج أم هذه الاخت ويجوز له أن يتزوج أم أخته من الرضاع وهو ان
يكون له أخت من الرضاعة فيتزوج أمها من النسب لان المانع في النسب كون المتزوجة موطوءة أبيه وهذا لم يوجد
في الرضاع حتى لو وجد لا يجوز كما في النسب ويجوز للرجل ان يتزوج أخت أخيه لابيه من النسب وصورته

منكوحة أبيه اذا ولدت ابنا ولها بنت من زوج آخر فهي أخت أخيه لابيه فيجوز له أن يتزوجها وكذا يجوز للرجل أن يتزوج أخت أخته من الرضاع وهذا ظاهر ويجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم المرضع من النسب لان المرضع ابنه ويجوز للانسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أب المرضع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لانها أم ابنه من الرضاع فهي كام ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب كما يجوز له أن يتزوج بامه والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الرضاع المحرم فالرضاع المحرم ما يكون في حال الصغر فأما ما يكون في حال الكبر فلا يحرم عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا ما روي عن عائشة رضي الله عنها انه يحرم في الصغر والكبر جميعا واحتجت بظاهر قوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة من غير فصل بين حال الصغر والكبر وروي ان أبا حذيفة تبنى سالما وكان يدخل على امرأته سهلة بنت سهيل فلما نزلت آية الحجاب أتت سهلة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله قد كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل علي وليس لنا الا بيت واحد فما ذا ترى في شأنه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضعيه عشر رضعات ثم يدخل عليك وكان سالم كبيرا فدل ان الرضاع في حال الصغر والكبر محرم وقد عملت عائشة رضي الله عنها بهذا الحديث بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم حتى روي عنها انها كانت اذا أرادت أن يدخل عليها أحد من الرجال أمرت أختها أم كلثوم بنت أبي بكر رضي الله عنها وبنات أخيها عبد الرحمن بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ان يرضعنه فدل عملها بالحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم على انه غير منسوخ ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل يوما على عائشة رضي الله عنها فوجد عندها رجلا فتغير وجه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من هذا الرجل فقالت عائشة هذا عمي من الرضاعة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظرن ما اخوانكم من الرضاعة انما الرضاعة من المجاعة أشار صلى الله عليه وسلم الى ان الرضاع في الصغر هو المحرم اذ هو الذي يدفع الجوع فأما جوع الكبير فلا يندفع بالرضاع وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم وذلك هو رضاع الصغير دون الكبير لان ارضاعه لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرضاع ما فتق الامعاء ورضاع الصغير هو الذي يفتق الامعاء لا رضاع الكبير لان امعاء الصغير تكون ضيقة لا يفتقها الا اللبن لكونه من ألطف الاغذية كما وصفه الله تعالى في كتابه الكريم بقوله عز وجل لبنا خالصا سائغا للشاربين فأما امعاء الكبير فمنفتقة لا تحتاج الى الفتق باللبن وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد فصال وروي ان رجلا من أهل البادية ولدت امرأته ولدا فمات ولدها فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت جرعة منه حلقه فسأل عنه أبا موسى الاشعري رضي الله عنه فقال قد حرمت عليك ثم جاء الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فسأله فقال هل سألت أحدا فقال نعم سألت أبا موسى الاشعري فقال حرمت عليك فجاء ابن مسعود أبا موسى الاشعري رضي الله عنهما فقال له أما علمت انه انما يحرم من الرضاع ما أنبت اللحم فقال أبو موسى لا تسألوني عن شيء ما دام هذا الحبر بين أظهركم وعن عبد الله بن عمر أن رجلا جاء الى عمر رضي الله عنه فقال كانت لي وليدة أطؤها فعمدت امرأتي اليها فارضعتها فدخلت عليها فقالت دونك فقد والله أرضعتها فقال عمر رضي الله عنه واقعها فهي جاريتك فانما الرضاعة عند الصغر وبهذا تبين ان ليس المراد من الآية الكريمة رضاع الكبير لان النبي صلى الله عليه وسلم فسر الرضاع المحرم بكونه دافعا للجوع منبتا للحم منشرا للعظم فاتقا للامعاء وهذا وصف رضاع الصغير لا الكبير فصارت السنة مبينة لما في الكتاب أصله وأما حديث سالم فالجواب عن التعلق به من وجهين أحدهما يحتمل انه كان مخصوصا بذلك يدل عليه ما روي ان سائر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أبين أن يدخل عليهن بالرضاع في حال الكبر أحد من الرجال وقلن ما نرى الذي أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم سهلة بنت سهيل الا رخصة في سالم وحده

فهذا يدل على ان سالما كان مخصوصا بذلك وما كان من خصوصية بعض الناس لمعنى لا نعقله لا يحتمل القياس
ولا نترك به الاصل المقرر فى الشرع والثانى ان رضاع الكبير كان محرما ثم صار منسوخا بما روينا من الاخبار
وأما عمل عائشة رضى الله عنها فقد روى عنها ما يدل على رجوعها فانه روى عنها انها قالت لا يحرم من الرضاع
الا ما أنبت اللحم والدم وروى انها كانت تأمر بنت أخيها عبد الرحمن بن أبى بكر رضى الله عنهم ان ترضع
الصبيان حتى يدخلوا عليها اذا صاروا رجالا على ان عملها معارض بعمل سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم
فانهن كن لا يرين أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة أحد من الرجال والمعارض لا يكون حجة واذا ثبت ان رضاع
الكبير لا يحرم ورضاع الصغير محرم فلا بد من بيان الحد الفاصل بين الصغير والكبير فى حكم الرضاع وهو بيان
مدة الرضاع المحرم وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة ثلاثون شهرا ولا يحرم بعد ذلك سواء فطم أو لم يفطم وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى حولان لا يحرم بعد ذلك فطم أو لم يفطم وهو قول الشافعى وقال زفر ثلاثة أحوال
وقال بعضهم خمس عشرة سنة وقال بعضهم أربعون سنة احتج أبو يوسف ومحمد بقوله والوالدات يرضعن
أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة جعل الله تعالى الحولين الكاملين تمام مدة الرضاع
وليس وراء التمام شىء وبقوله تعالى وفصاله فى عامين وقوله عز وجل وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة
الحمل ستة أشهر فبقى مدة الفصال حولين وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا رضاع بعد الحولين
وهذا نص فى الباب ولابى حنيفة قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة أثبت الحرمة
بالرضاع مطلقا عن التعرض لزمان الارضاع الا انه قام الدليل على ان زمان ما بعد الثلاثين شهرا ليس بمراد
فيعمل باطلاقه فيما وراءه وقوله تعالى فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور والاستدلال به من وجهين
أحدهما انه أثبت لهما ارادة الفصال بعد الحولين لان الفاء للتعقيب فيقتضى بقاء الرضاع بعد الحولين ليتحقق
الفصال بعدهما والثانى انه أثبت لهما ارادة الفصال مطلقا عن الوقت ولا يكون الفصال الا عن الرضاع فدل على بقاء
حكم الرضاع فى مطلق الوقت الى ان يقوم الدليل على التقييد وقوله تعالى وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم
أثبت لهما ارادة الاسترضاع مطلقا عن الوقت فمن ادعى التقييد بالحولين فعليه الدليل ولان الارضاع انما
يوجب الحرمة لكونه منبتا للحم منشزا للعظم على ما نطق به الحديث ومن المحال عده ان يكون منبتا للحم الى الحولين
ثم لا ينبت بعد الحولين بساعة لطيفة لان الله تعالى ما أجرى العادة بتغيير الغذاء الا بعد مدة معتبرة ولان
المرأة قد تلد فى البرد الشديد والحر الشديد فاذا تم على الصبى سنتان لا يجوز ان تؤمر المرأة بفطامه
لانه يخاف منه الهلاك على الولد اذ لو لم يعود بغيره من الطعام فلا بد وان تؤمر بالرضاع ومحال أن تؤمر
بالرضاع ويحرم عليها الرضاع فى وقت واحد فدل ان الرضاع بعد الحولين يكون رضاعا الا أن أبا حنيفة استحسن
فى تقديره مدة ابقاء حكم الرضاع بعد الحولين بستة أشهر لانه أقل مدة تغير الولد فان الولد يبقى فى بطن أمه ستة أشهر
يتغذى بغذائها ثم ينفصل فيصير أصلا فى الغذاء وزفر اعتبر بعد الحولين سنة كاملة فقال لما ثبت حكم الرضاع فى
ابتداء السنة الثالثة لما قاله أبو حنيفة يثبت فى جميعها كالسنة الاولى والثانية وأما الآية الاولى ففيها ان الحولين
مدة الرضاع فى حق من أراد تمام الرضاعة وهذا لا ينفى أن يكون الزائد على الحولين مدة الرضاع فى حق من
لم يرد أن يتم الرضاعة مع ما أن ذكر الشىء بالتمام لا يمنع من احتمال الزيادة عليه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم
من أدرك عرفة فقد تم حجه وهذا لا يمنع زيادة الفرض عليه فان طواف الزيارة من فروض الحج على أن فى الآية
الكريمة ان الحولين تمام مدة الرضاع لكنها تمام مدة الرضاع فى حق الحرمة أو فى حق وجوب أجر الرضاع على
الاب فالنص لا يتعرض له وعندهما تمام مدة الرضاع فى حق وجوب الاجر على الاب حتى ان الام المطلقة اذا
طلبت الاجر بعد الحولين ولا ترضع بلا أجر لم يجبر الاب على أجر الرضاع فيما زاد على الحولين أو تحمل الآية على هذا

توفيقا بين الدلائل لان دلائل الله عز وجل لا تتناقض وأما الآية الثانية فالفصال في عامين لا ينفي الفصال في أكثر
من عامين كما لا ينفيه في أقل من عامين عن تراض منهما وتشاور فكان هذا استدلالا بالمسكوت كقوله عز وجل
فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية أنه لا يمنع جواز الكتابة اذا لم يعلم فيهم خيرا وأما الآية الثالثة فتحتمل ما ذكرتم
ان المراد من الحمل هو الحمل بالبطن والفصال هو الفطام فيقتضي أن تكون مدة الرضاع سنتين ومدة الحمل ستة أشهر كما
روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وتحتمل أن يكون المراد من الحمل الحمل باليد والحجر فيقتضي أن يكون
الثلاثون مدة الحمل والفصال جميعا لانه يحمل باليد والحجر في هذه المدة غالبا الا أن يكون بعض هذه المدة مدة الحمل
وبعضها مدة الفصال لان اضافة السنتين الى الوقت لا تقتضي قسمة الوقت عليهما بل تقتضي أن يكون جميع
ذلك الوقت مدة لكل واحد منهما كقول القائل صومك وزكاتك في شهر رمضان هذا لا يقتضي قسمة الشهر عليهما
بل يقتضي كون الشهر كله وقتا لكل واحد منهما فيقتضي أن يكون الثلاثون شهرا مدة الرضاع كما هو مذهب
أبي حنيفة فلا يكون حجة مع الاحتمال على أنه ان وقع التعارض بين الآيات ظاهرا لكن ما تلونا حاظر وما تلوتم مبيح
والعمل بالحاظر أولى احتياطا وأما الحديث فالمشهور لا رضاع بعد فصال ونحن نقول بموجبه فجاز أن يكون أصل
الحديث هذا وأن من ذكر الحولين حمله على المعنى عنده ولو ثبت هذا اللفظ فيحتمل أن يكون معناه الا رضاع
على الأب بعد الحولين أي في حق وجوب الأجر عليه على ما ذكرنا من تأويل الآية أو يحمل على هذا عملا
بالدلائل كلها والله الموفق ثم الرضاع يحرم في المدة على اختلافهم فيها سواء فطم في المدة أو لم يفطم هذا جواب ظاهر
الرواية عن أصحابنا حتى لو فصل الرضيع في مدة الرضاع ثم سقي بعد ذلك في المدة كان ذلك رضاعا محرما ولا يعتبر
الفطام وانما يعتبر الوقت فيحرم عند أبي حنيفة ما كان في سنتين ونصف وعندهما ما كان في السنتين لان الرضاع
في وقته عرف محرما في الشرع لما ذكرنا من الدلائل من غير فصل بين ما اذا فطم أو لم يفطم وروى الحسن عن أبي
حنيفة أنه قال اذا فطم في السنتين حتى استغنى بالفطام ثم ارتضع بعد ذلك في السنتين أو الثلاثين شهرا لم يكن ذلك رضاعا
لانه لا رضاع بعد الفطام وان هي فطمته فأكل أكلا ضعيفا لا يستغني به عن الرضاع ثم عاد فارتضع كما يرضع أولا في
الثلاثين شهرا فهو رضاع محرم كما يحرم رضاع الصغير الذي لم يفطم ويحتمل أن تكون رواية الحسن تفسيرا لظاهر
قول أصحابنا وهو وان الرضاع في المدة بعد الفطام انما يكون رضاعا محرما اذا لم يكن الفطام تاما بأن كان لا يستغني بالطعام
عن الرضاع فان استغنى لا يحرم بالاجماع ويحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد الفصال على الفصال
المتعارف المعتاد وهو الفصال التام المغني عن الرضاع ويستوي في الرضاع المحرم قليله وكثيره عند عامة العلماء وعامة
الصحابة رضي الله عنهم وروى عن عبد الله بن الزبير وعائشة رضي الله عنهما ان قليل الرضاع لا يحرم وبه أخذ
الشافعي فقال لا يحرم الا خمس رضعات متفرقات واحتج بما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان فيما أنزل
عشر رضعات يحرمن ثم صرن الى خمس فتوفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو فيما يقرأ وروى عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه قال لا تحرم المصة والمصتان ولا الاملاجة والاملاجتان ولان الحرمة بالرضاع لكونه منبتا للحم ومنشرا
للعظم وهذا المعنى لا يحصل بالقليل منه فلا يكون القليل محرما ولنا قوله عز وجل وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم
وأخواتكم من الرضاعة مطلقا عن القدر وروى عن علي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم
أنهم قالوا قليل الرضاع وكثيره سواء وروى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال الرضعة الواحدة تحرم وروى أنه
لما بلغه أن عبد الله بن الزبير يقول لا تحرم الرضعة والرضعتان فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير وتلى قوله تعالى
وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وروى أنه لما بلغه أن عائشة رضي الله عنها تقول لا تحرم المصة والمصتان فقال حكم الله
تعالى أولى وخير من حكمها وأما حديث عائشة رضي الله عنها فقد قيل انه لم يثبت عنها وهو الظاهر فانه روى أنها
قالت توفي النبي صلى الله عليه وسلم وهو مما يتلى في القرآن فما الذي نسخه ولا نسخ بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم ولا

يحتمل أن يقال ضاع شئ من القرآن ولهذا ذكر الطحاوى فى اختلاف العلماء ان هذا حديث منكر وانه من صيارفة الحديث ولئن ثبت فيحتمل أنه كان فى رضاع الكبير فنسخ العدد بنسخ رضاع الكبير وأما حديث المصة والمصتين فقد ذكر الطحاوى أن فى اسناده اضطرابا لان مداره على عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها وروى أنه سئل عروة عن الرضاعة فقال ما كان فى الحولين وان كان قطرة واحدة يحرم والراوى اذا عمل بخلاف ما روى أوجب ذلك وهنا فى ثبوت الحديث لانه لو ثبت عنده لعمل به على أنه ان ثبت فيحتمل ان الحرمة لم تثبت لعدم القدر المحرم و يحتمل أنها لم تثبت لانه لا يعلم ان اللبن وصل الى جوف الصبى أم لا وما لم يصل لا يحرم فلا يثبت لعدم القدر المحترم ولا تثبت الحرمة بهذا الحديث بالاحتمال ولهذا قال ابن عباس رضى الله عنهما اذا عق الصبى فقد حرم حين سئل عن الرضعة الواحدة هل تحرم لان العق اسم لما يخرج من بطن الصبى حين يولد أسود لزج اذا وصل اللبن الى جوفه يقال هل عققتم صبيكم أى هل سقيتموه عسلا ليسقط عنه عقيه انما ذكر ذلك ليعلم أن اللبن قد صار فى جوفه لانه لا يعق من ذلك اللبن حتى يصير فى جوفه و يحتمل أنه كان ذلك فى ارضاع الكبير حين كان محرما ثم نسخ وأما قوله ان الرضاع انما يحرم لكونه منبتا للحم منشرا للعظم فنقول القليل ينبت و ينشر بقدره فوجب أن يحرم بأصله وقدره على أن هذه الاحاديث ان ثبتت فهى مبيحة وما تلونا محرم والمحرم يقضى على المبيح احتياطا لان الجرعة الكثيرة عنده لا تحرم ومعلوم ان الجرعة الواحدة الكثيرة فى انبات اللحم وانشار العظم فوق خمس رضعات صغار فدل أنه لا مدار على هذا وكذا يستوى فيه لبن الحية والميتة بأن حلب لبنها بعد موتها فى قدح فأوجر به صبى يحرم عندنا وقال الشافعى لبن الميتة لا يحرم ولا خلاف فى أنه اذا حلب لبنها فى حال حياتها فى اناء فأوجر به الصبى بعد موتها أنه يثبت به الحرمة (وجه) قوله ان حكم الرضاع هو الحرمة والمرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا لهذا الحكم ولهذا لم تثبت حرمة المصاهرة بوطئها عنده فصار لبنها كلبن البهائم ولو ارتضع صغيران من لبن بهيمة لا تثبت حرمة الرضاع بينهما كذا هذا واذا لم تثبت الحرمة فى حقها لا تثبت فى حق غيرها لان المرضعة أصل فى هذا الحكم فأولا يثبت فى حقها ثم يتعدى الى غيرها فاذا لم يثبت فى حقها فكيف يتعدى الى غيرها بخلاف ما اذا حلب حال حياتها ثم أوجر الصبى بعد وفاتها لانها كانت محلا قابلا للحكم وقت انفصال اللبن منها فلا يبطل بموتها بعد ذلك وههنا بخلافه ولان اللبن قد ينجس بموتها لتنجس وعائه وهو الثدى فأشبه البول والدم ولنا الحديث المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب واسم الرضاع لا يقف على الارتضاع من الثدى فان العرب تقول يتيم راضع وان كان يرضع بلبن الشاة والبقر ولا على فعل الارتضاع منها بدليل انه لو ارتضع الصبى منها وهى نائمة يسمى ذلك رضاعا حتى يحرم و يقال أيضا أرضع هذا الصبى بلبن هذه الميتة كما يقال أرضع بلبن الحية وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع من المجاعة وقوله الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم وقوله صلى الله عليه وسلم الرضاع ما فتق الامعاء ولبن الميتة يدفع الجوع و ينبت اللحم و ينشر العظم و يفتق الامعاء فيوجب الحرمة ولان اللبن كان محرما فى حال الحياة والعارض هو الموت واللبن لا يموت كالبيضة كذا روى عن عمر رضى الله عنه انه قال اللبن لا يموت ولان الموت يحل محل الحياة ولا حياة فى اللبن الا ترى انها لم تتألم بأخذه فى حال حياتها والحيوان يتألم بأخذ ما فيه حياة من لحمه وسائر اعضائه واذا لم يكن فيه حياة كان حاله بعد موت المرأة كحاله قبل موتها وقبل موتها محرم كذا بعده وأما قوله المرأة بالموت خرجت من أن تكون محلا للحرمة وهى الاصل فى هذه الحرمة فنقول الحرمة فى حال الحياة ما ثبتت باعتبار الاصالة والتبعية بل باعتبار انبات اللحم وانشار العظم وقد بقى هذا المعنى بعد الموت فتبقى الحرمة بخلاف حرمة المصاهرة لانها ما ثبتت لدفع فساد قطيعة الرحم أو باعتبار الجزئية والبعضية لكون الوطء سببا لحصول الولد وكل واحد من المعنيين لا يتقدر بعد الموت لذلك افترقا وقوله اللبن ينجس بالموت ممنوع وهذا شئ بناه على أصله فأما على أصل أصحابنا فاللبن لا ينجس بالموت بل هو طاهر بعد الموت وان تنجس الوعاء

الاصلى له ونجاسة الظرف انما توجب نجاسة المظروف اذا لم يكن الظرف معدنا للمظروف وموضعا له فى الاصل فاما اذا كان فى الاصل موضعه ومظانه فنجاسته لا توجب نجاسة المظروف ألا ترى ان الدم الذى يجرى بين اللحم والجلد فى المذكاة لا ينجس اللحم لما كان فى معدنه ومظانه فكذلك اللبن والدليل عليه انه لو حلب لبنها فى حال حياتها فى وعاء نجس فأوجر به الصبى يحرم ولا فرق بين الوعاءين اذ النجس فى الحالين ما يجاور اللبن لا عينه ثم نجاسة الوعاء الذى ليس بمعدن اللبن لما لم يمنع وقوع التحريم ففى ما هو معدن له أولى ويستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم ما هو معدن له أولى ويستوى فى تحريم الرضاع الارتضاع من الثدى والاسعاط والايجار لان المؤثر فى التحريم هو حصول الغذاء باللبن وانبات اللحم وانشار العظم وسد المجاعة لان يتحقق الجزئية وذلك يحصل بالاسعاط والايجار لان السعوط يصل الى الدماغ والى الحلق فيغذى ويسد الجوع والوجور يصل الى الجوف فيغذى وأما الاقطار فى الاذن فلا يحرم لانه لا يعلم وصوله الى الدماغ لضيق الخرق فى الاذن وكذلك الاقطار فى الاحليل لانه لا يصل الى الجوف فضلا عن الوصول الى المعدة وكذلك الاقطار فى العين والقبل لما قلنا وكذلك الاقطار فى الجائفة وفى الآمة لان الجائفة تصل الى الجوف لا الى المعدة والآمة ان كان يصل الى المعدة لكن ما يصل اليها من الجراحة لا يحصل به الغذاء فلا تثبت به الحرمة والحقنة لا تحرم بان حقن الصبى باللبن فى الرواية المشهورة وروى عن محمد انها تحرم وجه هذه الرواية انها وصلت الى الجوف حتى أوجبت فساد الصوم فصار كما لو وصل من الفم وجه ظاهر الرواية ان المعتبر فى هذه الحرمة هو معنى التغذى والحقنة لا تصل الى موضع الغذاء لان موضع الغذاء هو المعدة والحقنة لا تصل اليها فلا يحصل بها انبات اللحم ونشوز العظم واندفاع الجوع فلا توجب الحرمة ولو جعل اللبن مخيضا أو رائبا أو شيرازا أو جبنا أو أقطا أو مصلا فتناوله الصبى لا تثبت به الحرمة لان اسم الرضاع لا يقع عليه وكذا لا ينبت اللحم ولا ينشر العظم ولا يكتفى به الصبى فى الاغتذاء فلا يحرم ولو اختلط اللبن بغيره فهذا على وجوه اما ان اختلط بالطعام أو بالدواء أو بالماء أو بلبن البهائم أو بلبن امرأة أخرى فان اختلط بالطعام فان مسته النار حتى نضج لم يحرم فى قولهم جميعا لانه تغير عن طبعه بالطبخ وان لم تمسه النار فان كان الغالب هو الطعام لم تثبت الحرمة لان الطعام اذا غلب سلب قوة اللبن وأزال معناه وهو التغذى فلا تثبت به الحرمة وان كان اللبن غالبا للطعام وهو طعام يستبين لا تثبت به الحرمة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يثبت وجه قولهما ان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم أصل فى الشرع فيجب اعتباره ما أمكن كما اذا اختلط بالماء أو بلبن شاة ولابى حنيفة ان الطعام وان كان أقل من اللبن فانه يسلب قوة اللبن لانه يرق ويضعف بحيث يظهر ذلك فى حس البصر فلا تقع الكفاية به فى تغذية الصبى فكان اللبن مغلوبا معنى وان كان غالبا صورة وان اختلط بالدواء أو بالدهن أو بالنبيذ يعتبر فيه الغالب فان كان اللبن غالبا يحرم لان هذه الاشياء لا تحل بصفة اللبن وصيرورته غذاء بل تقرر ذلك لانها انما تخلط باللبن ليوصل اللبن الى ما كان لا يصل اليه بنفسه لاختصاصها بقوة التنفيذ ثم اللبن بانفراده يحرم فمع هذه الاشياء أولى وان كان الدواء هو الغالب لا تثبت به الحرمة لان اللبن اذا صار مغلوبا صار مستهلكا فلا يقع به التغذى فلا تثبت به الحرمة وكذا اذا اختلط بالماء يعتبر فيه الغالب أيضا فان كان اللبن غالبا يثبت به الحرمة وان كان الماء غالبا لا يثبت به وهذا عندنا وعند الشافعى اذا قطر من الثدى مقدار خمس رضعات فى حب ماء فسقى منه الصبى تثبت به الحرمة وجه قوله أن اللبن وصل الى جوف الصبى بقدره فى وقته فتثبت الحرمة كما اذا كان اللبن غالبا ولا شك فى وقت الرضاع والدليل على ان القدر المحرم من اللبن وصل الى جوف الصبى ان اللبن وان كان مغلوبا فهو موجود شائع فى أجزاء الماء وان كان لا يرى فيوجب الحرمة ولنا ان الشرع علق الحرمة فى باب الرضاع بمعنى التغذى على ما نطقت به الاحاديث واللبن المغلوب بالماء لا يغذى الصبى لزوال قوته ألا ترى انه لا يقع الاكتفاء به فى تغذية الصبى فلم يكن محرما وقد

خرج الجواب عما ذكره المخالف وذكر الجصاص ان جواب الكتاب ينبغي أن يكون قولهما فاما على قول أبي
حنيفة ينبغي ان لا يحرم وان كان اللبن غالبا وقاس الماء على الطعام وجمع بينهما من حيث ان اختلاطه بالماء يسلب
قوته وان كان الماء قليلا كاختلاطه بالطعام القليل وفي ظاهر الرواية أطلق الجواب ولم يذكر الخلاف ولو اختلط
بلبن البهائم كلبن الشاة وغيره يعتبر فيه الغالب أيضا لما ذكرنا ولو اختلط لبن امرأة بلبن امرأة أخرى فالحكم للغالب
منهما في قول أبي يوسف وروي عن أبي حنيفة كذلك وعند محمد يثبت الحرمة منهما جميعا وهو قول زفر وجه
قول محمد ان اللبنين من جنس واحد والجنس لا يغلب الجنس فلا يكون خلط الجنس بالجنس استهلاكا فلا
يصير القليل مستهلكا في الكثير فيغذي الصبي كل واحد منهما بقدره بانبات اللحم وانشار العظم أو سد الجوع لان
أحدهما لا يسلب قوة الآخر والدليل على ان خلط الجنس بالجنس لا يكون استهلاكا كاله ان من غصب من آخر
زيتا فخلطه بزيت آخر اشتركا فيه في قولهم جميعا ولو خلطه بشيرج أو بدهن آخر من غير جنسه يعتبر الغالب فان كان
الغالب هو المغصوب كان لصاحبه أن يأخذه ويعطيه قسط ما اختلط بزيته وان كان الغالب غير المغصوب صار
المغصوب مستهلكا فيه ولم يكن له أن يشاركه فيه ولكن الغاصب يغرم له مثل ما غصبه فدل ذلك على اختلاف حكم
الجنس الواحد والجنسين وأبو يوسف اعتبر هذا النوع من الاختلاط باختلاط اللبن بالماء وهناك الحكم للغالب
كذا ههنا ومحمد ان يفرق بين الفصلين فان اختلاط اللبن بما هو من جنسه لا يوجب الاخلال بمعنى التغذي من كل
واحد منهما بقدره لان أحدهما لا يسلب قوة الآخر وليس كذلك اختلاط اللبن بالماء واللبن مغلوب لان الماء
يسلب قوة اللبن أو يخل به فلا يحصل التغذي أو يختل والله عز وجل أعلم ولو طلق الرجل امرأته ولها لبن من ولد
كانت ولدته منه فانقضت عدتها وتزوجت بزوج آخر وهي كذلك فرضعت صبيا عند الثاني ينظر ان أرضعت
قبل ان تحمل من الثاني فالرضاع من الاول بالاجماع لان اللبن نزل من الاول فلا يرتفع حكمه بارتفاع النكاح كما لا
يرتفع بالموت وكما لو حلب منها لبن ثم ماتت لا يبطل حكم الرضاع من لبنها كذا هذا وان أرضعت بعدما
وضعت من الثاني فالرضاع من الثاني بالاجماع لان اللبن منه ظاهرا وان أرضعت بعدما حملت من الثاني قبل أن تضع
فالرضاع من الاول الى أن تضع في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ان علم أن هذا اللبن من الثاني بان ازداد لبنها
فالرضاع من الثاني وان لم يعلم فالرضاع من الاول وروى الحسن بن زياد عنه أنها اذا حبلت فاللبن للثاني وقال محمد وزفر
الرضاع منهما جميعا الى أن تلد فاذا ولدت فهو من الثاني وجه قول محمد أن اللبن الاول باق والحمل سبب لحدوث زيادة
لبن فيجتمع لبنان في ثدي واحد فتثبت الحرمة بهما كما قال في اختلاط أحد اللبنين بالآخر بخلاف ما اذا وضعت
لان اللبن الاول ينقطع بالوضع ظاهرا وغالبا فكان اللبن من الثاني فكان الرضاع منه وجه قول أبي يوسف أن الحامل
قد ينزل لها لبن فلما ازداد لبنها عند الحمل من الثاني دل أن الزيادة من الحمل الثاني اذ لو لم يكن لكان لا يزداد بل ينقص اذ
العادة أن اللبن ينقص بمضي الزمان ولا يزداد فكانت الزيادة دليلا على أنها من الحمل الثاني لا من الاول وجه رواية
الحسن عنه ان العادة ان بالحمل ينقطع اللبن الاول ويحدث عنده لبن آخر فكان الموجود عند الحمل الثاني من الحمل
الثاني لا من الاول فكان الرضاع منه لا من الاول ولابي حنيفة أن نزول اللبن من الاول ثبت بيقين لان الولادة
سبب لنزول اللبن بيقين عادة فكان حكم الاول ثابتا بيقين فلا يبطل حكمه ما لم يوجد سبب آخر مثله بيقين وهو ولادة
أخرى لا الحمل لان الحامل قد ينزل لها لبن بسبب الحمل وقد لا ينزل حتى تضع والثابت بيقين لا يزول بالشك وأما قول
أبي يوسف لما ازداد اللبن دل على حدوث اللبن من الثاني فممنوع أن زيادة اللبن تدل على حدوث اللبن من الحمل فان
لزيادة اللبن أسبابا من زيادة الغذاء وجودته وصحة البدن واعتدال الطبيعة وغير ذلك فلا يدل الحمل على حدوث الزيادة
بالشك فلا ينقطع الحكم عن الاول بالشك وقد خرج الجواب عما قاله محمد والله الموفق للصواب ويستوي في تحريم
الرضاع الرضاع المقارن للنكاح والطارئ عليه لان دلائل التحريم لا توجب الفصل بينهما وبيان هذا الاصل في

مسائل اذا تزوج صغيرة فارضعتها أمه من النسب أو من الرضاع حرمت عليه لانها صارت أخته من الرضاع فتحرم عليه كما في النسب وكذا اذا أرضعتها أخته أو بنته من النسب أو من الرضاع لانها صارت بنت أخته أو بنت بنته من الرضاعة وأنها تحرم من الرضاع كما تحرم من النسب ولو تزوج صغيرتين رضيعتين فجاءت امرأة أجنبية فأرضعتهما معا أو على التعاقب حرمتا عليه لانهما صارتا أختين من الرضاعة فيحرم الجمع بينهما في حالة البقاء كما يحرم في حالة الابتداء كما في النسب ويجوز أن يتزوج احداهما أيتهما شاء لان المحرم هو الجمع كما في النسب فان كن ثلاثا فأرضعتهن جميعا معا حرمن عليه لانهن صرن أخوات من الرضاعة فيحرم الجمع بينهن وله أن يتزوج واحدة منهن أيتهن شاء لما قلنا وان أرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمت عليه الاولتان وكانت الثالثة زوجته لانها لما أرضعت الاولى ثم الثانية صارتا أختين فبانتا منه فاذا أرضعت الثالثة فقد صارت أختا لهما لكنهما أجنبيتين فلم يتحقق الجمع فلا تبين منه وكذا اذا أرضعت البنتين معا ثم الثالثة حرمتا والثالثة امرأته لما قلنا ولو أرضعت الاولى ثم الثنتين معا حرمن جميعا لان الاولى لم تحرم كذا الارضاع لعدم الجمع فاذا أرضعت الاخريين معا صرن أخوات في حالة واحدة فيفسد نكاحهن ولو كن أربع صبيات فأرضعتهن على التعاقب واحدة بعد واحدة حرمن جميعا لانها لما أرضعت الثانية فقد صارت أختا للاولى فحصل الجمع بين الاختين من الرضاعة فبانتا ولما أرضعت الرابعة فقد صارت أختا للثالثة فحصل الجمع فبانتا وحكم المهر والرجوع في هذه المسائل نذكره في المسئلة التي تليها وهي ما اذا تزوج صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة أما حكم النكاح فقد حرمتا عليه لان الصغيرة صارت بنتا لها والجمع بين الام والبنت من الرضاع نكاحه حرام كما يحرم من النسب ثم ان كان ذلك بعد ما دخل بالكبيرة لا يجوز له أن يتزوج واحدة منهما أبدا كما في النسب وان كان قبل أن يدخل بالكبيرة جاز له أن يتزوج الصغيرة لانها ربيبته من الرضاع لم يدخل بامها فلا تحرم عليه نكاحها كما في النسب لا يجوز له أن يتزوج الكبيرة أبدا لانها أم منكوحته من الرضاع فتحرم بمجرد نكاح البنت دخل بها أو لم يدخل بها كما في النسب وأما حكم المهر فما الكبيرة فان كان قد دخل بها فلها جميع مهرها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان المهر قد تأكد بالدخول فلا يحتمل السقوط بعد ذلك فلها مهرها وليس لها السكنى ولا نفقة لها لان السكنى حق الله تعالى فلا تسقط بفعلها والنفقة تجب حقا لها بطريق الصلة وبالارضاع خرجت عن استحقاق الصلة فان كان لم يدخل بها سقط مهرها فلا مهر لها ولا سكنى ولا نفقة سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان الاصل أن الفرقة الحاصلة قبل الدخول توجب سقوط كل المهر لان المبدل يعود سالما الى المرأة وسلامة المبدل لاحد المتعاقدين يوجب سلامة البدل للآخر لئلا يجتمع المبدل والبدل في ملك واحد في عقد المبادلة كان ينبغي أن لا يجب على الزوج شئ سواء كانت الفرقة بغير طلاق أو بطلاق الا أن الشرع أوجب عليه في الطلاق قبل الدخول متعة أو نصف المهر المسمى ابتداء بطريق المتعة صلة لها تطييبا لقلبها لما لحقها من وحشة الفراق بفوات نعمة الزوجية عنها من غير رضاها فاذا أرضعت فقد رضيت بارتفاع النكاح فلا تستحق شيأ وأما الصغيرة فلها نصف المهر على الزوج عند عامة العلماء وقال مالك لا شئ لها وجه قوله أن الفرقة جاءت من قبلها لوجود علة الفرقة منها وهي ارتضاعها لانه بذلك يحصل اللبن في جوفها فينبت اللحم وينشر العظم فتحصل الجزئية التي هي المعنى المؤثر في الحرمة وانما الموجود من المرضعة التمكين من ارتضاعها بالقامها ثديها فكانت محصلة للشرط والحكم للعلة لا للشرط فلا يجب على الزوج للصغيرة شئ ولا يجب على الزوج للمرضعة شئ أيضا ولنا ما ذكرنا ان الفرقة من أيهما كانت توجب سقوط كل المهر لما ذكرنا وانما يجب نصف المهر مقدرا بالمسمى ابتداء صلة للمرأة نظرا لها ولم يوجد من الصغيرة ما يوجب خروجها عن استحقاق النظر لان فعلها لا يوصف بالخطر وليست هي من أهل الرضا لتجعل فعلها دلالة الرضا بارتفاع النكاح فلا تحرم نصف الصداق بخلاف الكبيرة لان اقدامها على الارضاع دلالة الرضا بارتفاع النكاح وهي من أهل الرضا وارضاعها جناية فلا تستحق النظر بايجاب نصف المهر لها ابتداء اذ الجاني لا يستحق النظر على جنايته بل يستحق الزجر وذلك بالحرمان

لئلا يفعل مثله فى المستقبل فلا يجب لها شىء سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد لان فعلها جناية فى الحالين ويرجع الزوج
بما أدى على الكبيرة ان كانت تعمدت الفساد وان كانت لم تتعمد لم يرجع عليها كذا ذكر المشايخ وهذا قول أبى حنيفة
وأبى يوسف وروى عن محمد أن له أن يرجع عليها سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد وهو قول زفر وبشر المريسى
والشافعى وجه قولهم أن هذا ضمان الاتلاف وأنه لا يختلف بالعمد والخطأ والدليل على ان هذا ضمان الاتلاف ان
الفرقة حصلت من قبلها بارضاعها ولهذا لم تستحق المهر أصلا ورأسا سواء تعمدت الفساد أو لم تتعمد واذا كان
حصول الفرقة من قبلها بارضاعها صارت بالارضاع مؤكدة نصف المهر على الزوج لانه كان محتملا للسقوط بردتها
أو تمكينها من ابن الزوج أو تقبيلها اذا كبرت فهى بالارضاع أكدت نصف المهر بحيث لا يحتمل السقوط فصارت
متلفة عليه ماله فتضمن وجه قول محمد أنها وان تعمدت الفساد فهى صاحبة شرط فى ثبوت الفرقة لان علة الفرقة هى
الارتضاع للصغيرة لما بينا والحكم يضاف الى العلة لا الى الشرط على أن ارضاعها ان كان سبب الفرقة فهو سبب محض
لانه طرأ عليه فعل اختيارى وهو ارتضاع الصغيرة والسبب اذا اعترض عليه فعل اختيارى يكون سببا محضا والسبب
المحض لا حكم له وان كان صاحب السبب متعمدا فى مباشرة السبب كفتح باب الاصطبل والقفص حتى خرجت
الدابة وضلت أو طار الطير وضاع ولان الضمان لو وجب عليها اما ان يجب باتلاف ملك النكاح أو باتلاف
الصداق أو بتأكيد نصفه على الزوج لا وجه للاول لان ملك النكاح غير مضمون بالاتلاف على أصلنا ولا وجه
للثانى لانها ما أتلفت الصداق بل استقطت نصفه والنصف الباقى بقى واجبا بالنكاح السابق ولا وجه للثالث لان
التأكيد لا يماثل التفويت فلا يكون اعتداء بالمثل ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الكبيرة وان كانت محصلة شرط
الفرقة وعلة الفرقة من الصغيرة كما ذكره محمد لكن الاصل ان الشرط مع العلة اذا اشتركا فى الحظر والاباحة أى فى
سبب المؤاخذة وعدمه فاضافة الحكم الى العلة أولى من اضافته الى الشرط فأما اذا كان الشرط محظورا والعلة غير
موصوفة بالحظر فاضافة الحكم الى الشرط أولى من اضافته الى العلة كما فى حق البئر على قارعة الطريق فالكبيرة اذا لم
تكن تعمدت الفساد فقد استوى الشرط والعلة فى عدم الحظر فكانت الفرقة مضافة الى العلة وهى ارتضاعها وان
كانت تعمدت الفساد كان الشرط محظورا وهو ارضاع الكبيرة والعلة غير موصوفة بالحظر وهى ارتضاع الصغيرة
فكان اضافة الحكم الى الشرط أولى واذا أضيفت الفرقة الى الكبيرة عند تعمدها الفساد ووجب نصف المهر
الصغيرة على الزوج ابتداء ملازما للفرقة صارت الفرقة الحاصلة منها كأنها علة لوجوبه لا انه بقى النصف بعد الفرقة
واجبا بالنكاح السابق لان ذلك قول بتخصيص العلة لانه قول ببقاء نصف المهر على وجود العلة المسقطة لكله وانه
باطل فصارت الكبيرة متلفة هذا القدر من المال على الزوج اذ الاداء مبنى على الوجوب فيثبت له حق الرجوع
عليها ولهذا المعنى وجب الضمان على شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا بالاجماع بخلاف ما اذا لم تتعمد الفساد
لان عند عدم التعمد لا تكون الفرقة مضافة الى فعل الكبيرة فلم يوجد منها علة وجوب نصف المهر على الزوج فلا
يرجع عليها وأما مسئلة فتح باب الاصطبل والقفص فكما زعم لا يلزم محمدا لان عنده يضمن الفاتح وان اعترض على
الفتح فعل اختيارى فقد خرج الجواب عن الباقى فمنهم تعمد الفساد يثبت بثلاثة أشياء بعلمها بنكاح الصغيرة
وعلمها بفساد النكاح بارضاعها وعدم الضرورة وهى ضرورة خوف الهلاك على الصغيرة لو لم ترضعها والقول قولها فى
انها لم تتعمد الفساد مع يمينها لان الزوج بدعوى تعمد الفساد يدعى عليها الضمان وهى تنكر فيكون القول قولها وعلى
هذا حكم المهر والرجوع فى المسائل المتقدمة من الاتفاق والاختلاف ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فأرضعتهما الكبيرة
فان أرضعتهما معا حرمن عليه لانهما جميعا صارتا ابنتين للمرضعة فصار جامعا بين نكاح الام والبنت فحرمن عليه ولا يجوز له
أن يتزوج الكبيرة أبدا سواء كان دخل بها أو لم يدخل بها لانها أم منكوحته فتحرم بنفس العقد على البنت ولا يجوز له
ان يجمع بين الصغيرتين نكاحا أبدا لانهما صارتا أختين من الرضاع ويجوز أن يتزوج باحداهما ان كان لم يدخل

بالكبيرة لانها ربيبته من الرضاع فلا تحرم بمجرد العقد على الام كما فى النسب وان كان قد دخل بها لا يجوز كما فى النسب وان أرضعتهما على التعاقب واحدة بعد أخرى فقد حرمت الكبيرة مع الصغيرة الاولى لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فيما تمامه وأما الصغيرة الثانية فانما أرضعتها بعد ما بانت الكبيرة فلم يصر جامعا لكنها ربيبته من الرضاع فان كان قد دخل بامها تحرم عليه والا فلا ولا يجوز نكاح الكبيرة بعد ذلك ولا الجمع بين الصغيرتين لما ذكرنا ولو تزوج كبيرة وثلاث صبيات فارضعتهن على التعاقب واحدة بعد أخرى حرمن عليه جميعا لانها لما أرضعت الاولى صارت بنتا لها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه ولما أرضعت الثانية فقد أرضعتها والكبيرة والصغيرة الاولى مبانتان فلا تحرم بسبب الجمع لعدم الجمع ولكن ينظر ان كان قد دخل بالكبيرة تحرم عليه للحال لانها ربيبته وقد دخل بامها وان كان لم يدخل بامها لا تحرم عليه للحال حتى ترضع الثالثة فاذا ارتضعت الثالثة حرمتا عليه لانهما صارتا أختين والحكم فى تزوج الكبيرة بعد ذلك والجمع بين صغيرتين وتزوج احدى الصغائر ما ذكرنا ولو تزوج صغيرتين وكبيرتين فعمدت الكبيرتان الى احدى الصغيرتين فارضعتاها احداهما بعد أخرى ثم أرضعتا الصغيرة الثانية واحدة بعد أخرى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الثانية امرأته لانهما لما أرضعتا الصغيرة الاولى صارت كل واحدة من الكبيرتين أم امرأته وصارت الصغيرة بنت امرأته فصار جامعا بينهن فحرمن عليه فلما أرضعتا الثانية فقد أرضعتاها بعد ثبوت البينونة فلم يصر جامعا فلا تحرم هذه الصغيرة بسبب الجمع ولكنها ابنة منكوحة كانت له فان كان لم يدخل بها لا تحرم عليه وان كان قد دخل بها تحرم ولا يجوز له نكاح واحدة من الكبيرتين بعد ذلك بحال والامر فى جواز نكاح الصغيرة الاولى على التفصيل الذى مر ولو كانت احدى الكبيرتين أرضعت الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ثم أرضعت الكبيرة الاخرى الصغيرتين واحدة بعد الاخرى ينظر ان كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى بدأت بها الكبيرة الاولى بانت الكبيرتان والصغيرة الاولى والصغيرة الاخرى امرأته وان كانت بدأت بالتى لم تبدأ بها الاولى حرمن عليه جميعا وانما كان كذلك لان الكبيرة الاولى لما أرضعت الصغيرة الاولى فقد صارت بنتها فحصل الجمع بين الام والبنت فحرمتا عليه فلما أرضعت الاخرى أرضعتها وهى أجنبية فلم يتحقق الجمع لكن صارت الاخرى ربيبته فان كان لم يدخل بامها لا تحرم وان كان قد دخل بها تحرم فلما جاءت الكبيرة الاخيرة فارضعت الصغيرة الاولى فقد صارت أم منكوحته فحرمت عليه فلما أرضعت الصغيرة الاخرى فقد أرضعتها وهى أجنبية فصارت ربيبته فلا تحرم اذا كان لم يدخل بامها وان كان قد دخل بامها تحرم واذا كانت الكبيرة الاخيرة بدأت بالتى لم تبدأ بها الكبيرة الاولى فقد صارت بنتا لها فصار جامعا بينها مع أمها فحرمتا عليه كما حرمت الكبيرة الاولى مع الصغيرة الاولى فحرمن جميعا ولو كان تحته صغيرة وكبيرة فارضعت أم الكبيرة الصغيرة بانتا لانهما صارتا أختين وكذا اذا أرضعت أخت الكبيرة الصغيرة لانها صارت بنت أخت امرأته والجمع بين المرأة وبين بنت أختها لا يجوز فى الرضاع كما لا يجوز فى النسب ولو أرضعتها عمة الكبيرة أو خالتها لم تبن لانها صارت بنت عمة امرأته أو بنت خالتها ويجوز للانسان أن يجمع بين امرأة وبين بنت عمتها أو بنت خالتها فى النسب فكذا فى الرضاع ولو طلق رجل امرأته ثلاثا ثم أرضعت المطلقة قبل انقضاء عدتها امرأة له صغيرة بانت الصغيرة لانها صارت بنتا له فحصل الجمع فى حال العدة والجمع فى حال قيام العدة كالجمع فى حال قيام النكاح ولو زوج ابنه وهو صغير امرأة لها لبن فارتدت وبانت من الصبى ثم أسلمت فتزوجها رجل فحبلت منه ثم أرضعت بلبنها ذلك الصبى الذى كان زوجها حرمت على زوجها الثانى كذا روى بشر بن الوليد عن محمد لان ذلك الصبى صار ابنا لزوجها فصارت هى منكوحة ابنه من الرضاع فحرمت عليه ولو زوج رجل أم ولده مملوكا له صغيرا فارضعته بلبن السيد حرمت على زوجها وعلى مولاها لان الزوج صار ابنا لزوجها فصارت هى موطوءة أبيه فتحرم عليه ولا يجوز للمولى أن يطأها بملك اليمين لانها

منكوحة ابنه ولو تزوج صغيرة فطلقها ثم تزوج كبيرة لها لبن فأرضعتها حرمت عليه لأنها صارت أم منكوحة كانت له فتحرم بنكاح البنت والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يثبت به الرضاع أي يظهر به فالرضاع يظهر بأحد أمرين أحدهما الاقرار والثاني البينة أما الاقرار فهو أن يقول لامرأة تزوجها هي أختي من الرضاع أو أمي من الرضاع أو بنتي من الرضاع ويثبت على ذلك ويصر عليه فيفرق بينهما لأنه أقر ببطلان ما يملك ابطاله للحال فيصدق فيه على نفسه واذا صدق لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها فلا يكون في ابقاء النكاح فائدة فيفرق بينهما سواء صدقته أو كذبته لأن الحرمة ثابتة في زعمه ثم ان كان قبل الدخول بها فلها نصف المهر ان كذبته لأن الزوج مصدق على نفسه لا عليها بابطال حقها في المهر وان كان بعد الدخول بها فلها كمال المهر والنفقة والسكنى لأنه غير مصدق بابطال حقها فان أقر بذلك ثم قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت أو نسيت أو كذبت فهما على النكاح ولا يفرق بينهما عندنا وقال مالك والشافعي يفرق بينهما ولا يصدق على الخطأ وغيره ووجه قولهما انه أقر بسبب الفرقة فلا يملك الرجوع كما لو أقر بالطلاق ثم رجع بأن قال لامرأته كنت طلقتك ثلاثا ثم قال أوهمت والدليل عليه انه لو قال لأمته هذه امرأتي أو أمي أو أختي أو ابنتي ثم قال أوهمت انه لا يصدق وتعتق كذا ههنا ولنا ان الاقرار اخبار فقوله هذه أختي اخبار منه انها لم تكن زوجته قط لكونها محرمة عليه على التأبيد فاذا قال أوهمت صار كأنه قال ما تزوجتها ثم قال تزوجتها وصدقته المرأة ولو قال ذلك يقران على النكاح كذا هذا بخلاف الطلاق لأن قوله كنت طلقتك ثلاثا اقرار منه بانشاء الطلاق الثلاث من جهته ولا يتحقق انشاء الطلاق الا بعد صحة النكاح فاذا أقر ثم رجع عنه لم يصدق وبخلاف قوله لأمته هذه أمي أو ابنتي لأن ذلك لا يقتضي نفي الملك في الأصل ألا ترى انها لو كانت أمه أو ابنته حقيقة جاز دخولها في ملكه حتى يقع العتق عليها من جهته فتضمن هذا اللفظ منه انشاء العتق عليها فاذا قال أوهمت لا يصدق كما لو قال هذه حرة ثم قال أوهمت وكذلك اذا أقر الزوج بهذا قبل النكاح فقال هذه أختي من الرضاع أو أمي أو بنتي وأصر على ذلك وداوم عليه لا يجوز له أن يتزوجها ولو تزوجها يفرق بينهما ولو قال أوهمت أو غلطت جاز له أن يتزوجها عندنا لما قلنا ولو جحد الاقرار فشهد شاهدان على اقراره فرق بينهما وكذلك اذا أقر بالنسب فقال هذه أمي من النسب أو بنتي أو أختي وليس لها نسب معروف وانها تصلح بنتا له أو أما له فانه يسئل مرة أخرى فان أصر على ذلك وثبت عليه يفرق بينهما لظهور النسب باقراره مع اصراره عليه وان قال أوهمت أو أخطأت أو غلطت يصدق ولا يفرق بينهما عندنا لما قلنا وان كان لها نسب معروف أو لا تصلح أما أو بنتا له لا يفرق بينهما وان دام على ذلك لأنه كاذب في اقراره بيقين والله أعلم

وأما البينة فهي أن يشهد على الرضاع رجلان أو رجل وامرأتان ولا يقبل على الرضاع أقل من ذلك ولا شهادة النساء بانفرادهن وهذا عندنا وقال الشافعي يقبل فيه شهادة أربع نسوة وجه قوله ان الشهادة على الرضاع شهادة على عورة اذ لا يمكن تحمل الشهادة الا بعد النظر الى الثدي وانه عورة فيقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالولادة ولنا ما روى محمد عن عكرمة بن خالد المخزومي عن عمر رضي الله عنه انه قال لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم يظهر النكير من أحد فيكون اجماعا ولأن هذا باب مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد كالمال وانما قلنا ذلك لأن الرضاع مما يطلع عليه الرجال أما ثدي الأمة فلأنه يجوز للأجانب النظر اليه وأما ثدي الحرة فيجوز لمحارمها النظر اليه فثبت ان هذه شهادة مما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لأن قبول شهادتهن بانفرادهن في أصول الشرع للضرورة وهي ضرورة عدم اطلاع الرجال على المشهود به فاذا جاز الاطلاع عليه في الجملة لم تتحقق الضرورة بخلاف الولادة فانه لا يجوز لأحد فيها من الرجال الاطلاع عليها فدعت الضرورة الى القبول واذا شهدت امرأة على الرضاع فالأفضل للزوج أن يفارقها لما روي عن محمد ان عقبة ابن الحرث قال تزوجت بنت أبي اهاب فجاءت امرأة سوداء فقالت اني أرضعتكما فذكرت ذلك لرسول الله صلى

الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم فارقها فقلت انها امرأة سوداء وانها كيت وكيت فقال صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل وفي بعض الروايات قال عقبة فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعرض ثم ذكرته فأعرض حتى قال في الثالثة أو الرابعة فدعها اذا وقوله فارقها أو فدعها اذا ندب الى الافضل والاولى ألا ترى انه صلى الله عليه وسلم لم يفرق بينهما بل أعرض ولو كان التفريق واجبا لما أعرض فدل قوله صلى الله عليه وسلم فارقها على بقاء النكاح وروى ان رجلا تزوج امرأة فجاءت امرأة فزعمت انها أرضعتهما فسأل الرجل عليا رضي الله عنه فقال هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك فان تنزهت فهو أفضل وسأل ابن عباس رضي الله عنهما فقال له مثل ذلك ولانه يحتمل ان تكون صادقة في شهادتها فكان الاحتياط هو المفارقة فاذا فارقها فالافضل له أن يعطيها نصف المهران كان قبل الدخول بها لاحتمال صحة النكاح لاحتمال كذبها في الشهادة والافضل لها ان لا تأخذ شيأ منه لاحتمال فساد النكاح لاحتمال صدقها في الشهادة وان كان بعد الدخول فالافضل للزوج ان يعطيها كمال المهر والنفقة والسكنى لاحتمال جواز النكاح والافضل لها ان تأخذ الاقل من مهر مثلها ومن المسمى ولا تأخذ النفقة والسكنى لاحتمال الفساد وان لم يطلقها فهو في سعة من المقام معها لان النكاح قائم في الحكم وكذا اذا شهدت امرأتان أو رجل وامرأة أو رجلان غير عدلين أو رجل وامرأتان غير عدول لما قلنا واذا شهد رجلان عدلان أو رجل وامرأتان وفرق بينهما فان كان قبل الدخول بها فلا شيء لها لانه تبين ان النكاح كان فاسدا وان كان بعد الدخول بها يجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ولا تجب النفقة والسكنى في سائر الانكحة الفاسدة والله عز وجل أعلم

## ﴿كتاب النفقة﴾

النفقة أنواع أربعة نفقة الزوجات ونفقة الاقارب ونفقة الرقيق ونفقة البهائم والجمادات أما نفقة الزوجات فالكلام فيها يقع في مواضع في بيان وجوبها وفي بيان سبب الوجوب وفي بيان شرائط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب منها وفي بيان كيفية وجوبها وبيان سبب الوجوب وفي بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا في الذمة أما وجوبها فقد دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والامر بالاسكان أمر بالانفاق لانها لا تصل الى النفقة الا بالخروج والاكتساب وفي حرف عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم وهو نص وقوله عز وجل ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن أي لا تضاروهن في الانفاق عليهن فتضيقوا عليهن النفقة فيخرجن أو لا تضاروهن في المسكن فتدخلوا عليهن من غير استئذان فتضيقوا عليهن المسكن فيخرجن وقوله عز وجل وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وقوله عز وجل لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله وقوله عز وجل ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف قيل هو المهر والنفقة وأما السنة فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله في النساء فانهن عندكم عوان لا يملكن لانفسهن شيأ وانما أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق ان لا يوطئن فرشكم أحدا ولا يأذن في بيوتكم لاحد تكرهونه فان خفتم نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف ثم قال ثلاثا الاهل بلغت ويحتمل أن يكون هذا الحديث تفسيرا لما أجمل الحق في قوله ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف فكان الحديث مبينا لما في الكتاب أصله وروي ان رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما حق المرأة على الزوج فقال صلى الله عليه وسلم يطعمها اذا طعم ويكسوها اذا كسي وان لا يهجرها الا في المبيت ولا يضربها ولا يقبح وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك

بالمعروف ولو لم تكن النفقة واجبة لم يحتمل أن يأذن لها بالاخذ من غير اذنه وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على هذا وأما المعقول فهو ان المرأة محبوسة بحبس النكاح حقا للزوج ممنوعة عن الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائدا اليه فكانت كفايتها عليه كقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولانها اذا كانت محبوسة بحبسه ممنوعة عن الخروج للكسب بحقه فلو لم يكن كفايتها عليه لهلكت ولهذا جعل للقاضي رزق في بيت مال المسلمين لحقهم لانه محبوس لجهتهم ممنوع عن الكسب فجعلت نفقته في مالهم وهو بيت المال كذا ههنا

﴿فصل﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا سبب وجوبها استحقاق الحبس الثابت بالنكاح للزوج عليها وقال الشافعي السبب هو الزوجية وهو كونها زوجة له وربما قالوا ملك النكاح للزوج عليها وربما قالوا القوامية واحتج بقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من أموالهم أوجب النفقة عليهم لكونهم قوامين والقوامية تثبت بالنكاح فكان سبب وجوب النفقة النكاح لان الانفاق على المملوك من باب اصلاح الملك واستبقائه فكان سبب وجوبه الملك كنفقة المماليك ولنا ان حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح مؤثر في استحقاق النفقة لها عليه لما بينا فاما الملك فلا أثر له لانه قد قوبل بعوض مرة وهو المهر فلا يقابل بعوض آخر اذ العوض الواحد لا يقابل بعوضين ولا حجة له في الآية لان فيها اثبات القوامية بسبب النفقة لا ايجاب النفقة بسبب القوامية وعلى هذا الاصل يبنى انه لا نفقة على مسلم في نكاح فاسد لانعدام سبب الوجوب وهو حق الحبس الثابت للزوج عليها بسبب النكاح لان حق الحبس لا يثبت في النكاح الفاسد وكذا النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة وكذا في عدة منه ان ثبت حق الحبس لانه لم يثبت بسبب النكاح لانعدامه وانما يثبت لتحصين الماء ولان حال العدة لا يكون أقوى من حال النكاح فلما لم تجب في النكاح فلان لا تجب في العدة أولى وتجب في العدة من نكاح صحيح لوجود سبب الوجوب وهو استحقاق الحبس للزوج عليها بسبب النكاح لان النكاح قائم من وجه فتستحق النفقة كما كانت تستحقها قبل الفرقة بل أولى لان حق الحبس بعد الفرقة تأكد بحق الشرع وتأكد السبب يوجب تأكد الحكم فلما وجبت قبل الفرقة فبعدها أولى سواء كانت العدة عن فرقة بطلاق أو عن فرقة بغير طلاق وسواء كانت الفرقة بغير طلاق من قبل الزوج أو من قبل المرأة الا اذا كانت من قبلها بسبب محظور استحسانا أو شرح هذه الجملة ان الفرقة اذا كانت من قبل الزوج بطلاق فلها النفقة والسكنى سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا وسواء كانت حاملا أو حائلا بعد ان كانت مدخولا بها عندنا لقيام حق حبس النكاح وعند الشافعي ان كانت مطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا وهي حامل فكذلك فاما المبتوتة اذا كانت حاملا فلها السكنى ولا نفقة لها لزوال النكاح بالابانة وكان ينبغي أن لا يكون لها السكنى الا انه ترك القياس في السكنى بالنص وعند ابن أبي ليلى لا نفقة للمبتوتة ولا سكنى لها والمسئلة ذكرت في كتاب الطلاق وفي بيان أحكام العدة وسواء كان الطلاق ببدل أو بغير بدل وهو الخلع والطلاق على مال لما قلنا ولو خالعها على أن يبرأ من النفقة والسكنى يبرأ من النفقة ولا يبرأ من السكنى لكنه يبرأ عن مؤنة السكنى لان النفقة حقها على الخلوص وكذا مؤنة السكنى فتملك الابراء عن حقها فاما السكنى ففيها حق الله عز وجل فلا تملك المعتدة اسقاطه ولو أبرأته عن النفقة من غير قطع لا يصح الابراء لان الابراء اسقاط الواجب فيستدعي تقدم الوجوب والنفقة تجب شيأ فشيأ على حسب مرور الزمان فكان الابراء اسقاطا قبل الوجوب فلم يصح بخلاف ما اذا اختلعت نفسها على نفقتها لما ذكرنا في الخلع ولانها جعلت الابراء عن النفقة عوضا عن نفسها في العقد ولا يصح ذلك الا بعد سابقة الوجوب فيثبت الوجوب مقتضى الخلع باصطلاحهما كما لو اصطلحا على النفقة انها تجب وتصير دينا في الذمة كذا هذا وكذلك الفرقة بغير طلاق اذا كانت من قبله فلها النفقة والسكنى سواء كانت بسبب مباح كخيار البلوغ أو بسبب محظور كالردة ووطء أمها أو ابنتها أو تقبيلهما بشهوة بعد ان يكون بعد الدخول بها لقيام السبب وهو حق

الحبس للزوج عليها بسبب النكاح واذا كانت من قبل المرأة فان كانت بسبب مباح كخيار الادراك وخيار العتق وخيار عدم الكفاءة فكذلك لها النفقة والسكنى وان كانت بسبب محظور بان ارتدت أو طاوعت ابن زوجها أو أباه أو لمسته بشهوة فلا نفقة لها استحسانا ولها السكنى وان كانت مستكرهة والقياس ان يكون لها النفقة والسكنى في ذلك كله وجه القياس ان حق الحبس قائم وتستحق النفقة كما اذا كانت الفرقة من قبلها بسبب مباح وكما اذا كانت الفرقة من قبل الزوج بسبب مباح أو محظور وللاستحسان وجهان أحدهما ان حق الحبس قد بطل بردتها الا ترى انها تحبس بعد الردة جبرا لها على الاسلام لثبوت بقاء حق النكاح فلم تجب النفقة بخلاف ما اذا كانت الفرقة بسبب مباح لان هناك حبس النكاح قائم فبقيت النفقة وكذا اذا كانت من قبل الزوج بسبب هو معصية لانها لا تحبس بردة الزوج فيبقى حبس النكاح فتبقى العدة لكن هذا يشكل بما اذا طاوعت ابن زوجها أو قبلته بشهوة انها لا تستحق النفقة وان بقي حبس النكاح ما دامت العدة قائمة ولا اشكال في الحقيقة لان هناك عدم الاستحقاق لانعدام شرط من شرائط الاستحقاق وهو ان لا يكون الفرقة من قبلها خاصة بفعل هو محظور مع قيام السبب وهو حبس النكاح فاندفع الاشكال بحمد الله تعالى والثاني ان حبس النكاح انما أوجب النفقة عليه صلة لها فاذا وقعت الفرقة بفعلها الذي هو معصية لم تستحق الصلة اذ الجاني لا يستحق الصلة بل يستحق الزجر وذلك في الحرمان لا في الاستحقاق كمن قتل مورثه بغير حق انه يحرم الميراث لما قلنا كذا هذا بخلاف ما اذا كانت مستكرهة على الوطء لان فعلها ليس بجناية فلا يوجب حرمان الصلة وكذا اذا كانت الفرقة بسبب مباح وبخلاف الزوج لان النفقة حق قبل الزوج فلا يؤثر فعله الذي هو معصية في اسقاط حق الغير فهو الفرق بين الفصلين وانما لم تحرم السكنى بفعلها الذي هو معصية لما قلنا ان في السكنى حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط بفعل العبد ولو ارتدت في النكاح حتى حرمت النفقة ثم اسلمت في العدة لا تستحق النفقة ولو ارتدت في العدة ثم اسلمت وهي في العدة تعود النفقة ووجه الفرق ان النفقة في الفصل الثاني بقيت واجبة بعد الفرقة قبل الردة لبقاء سبب الوجوب وهو حبس النكاح وقت وجوب العدة ثم امتنع وجوبها من بعد لعارض الردة فاذا عادت الى الاسلام فقد زال العارض فتعود النفقة واما في الفصل الاول فالنفقة لم تبق واجبة وقت وجوب العدة لبطلان سبب وجوبها بالردة في حق حبس النكاح لان الردة أوجبت بطلان ذلك الحبس فلا يعود من غير تجديد النكاح فلا تعود النفقة بدونه والاصل في هذا ان كل امرأة لم تبطل نفقتها بالفرقة ثم بطلت في العدة لعارض منها ثم زال العارض في العدة تعود نفقتها وكل من بطلت نفقتها بالفرقة لا تعود النفقة في العدة وان زال سبب الفرقة في العدة بخلاف ما اذا نشزت ثم عادت انها تستحق النفقة لان النشوز لم يوجب بطلان حق الحبس الثابت بالنكاح وانما فوت التسليم المستحق بالعقد فاذا عادت فقد سلمت نفسها فاستحقت النفقة ولو طاوعت ابن زوجها أو أباه في العدة أو لمسته بشهوة فان كانت معتدة من طلاق وهو رجعي فلا نفقة لها لان الفرقة ما وقعت بالطلاق وانما وقعت بسبب وجد منها وهو محظور وان كان الطلاق بائنا أو كانت معتدة عن فرقة بغير طلاق فلها النفقة والسكنى بخلاف ما اذا ارتدت في العدة انه لا نفقة لها الى ان تعود الى الاسلام وهي في العدة لان حبس النكاح يفوت بالردة ولا يفوت بالمطاوعة واللمس ولو ارتدت في العدة ولحقت بدار الحرب ثم عادت واسلمت أو سبيت واعتقت أو لم تعتق فلا نفقة لها لان العدة قد بطلت باللحوق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بمنزلة الموت ولو طلق امرأته وهي أمة طلاقا بائنا وقد كان المولى بوأها مع زوجها بيتا حتى وجبت النفقة ثم أخرجها المولى لخدمته حتى سقطت النفقة ثم أراد ان يعيدها الى الزوج ويأخذ النفقة كان له ذلك وان لم يكن بوأها المولى بيتا حتى طلقها الزوج ثم أراد ان يبوئها مع الزوج في العدة لتجب النفقة فانها لا تجب وجه الفرق ان النفقة كانت واجبة في الفصل الاول لوجود سبب الوجوب وهو الاحتباس وشرطه وهو التسليم الا انه لما أخرجها الى خدمته فقد فوت على الزوج الاحتباس الثابت حقا له والتسليم فامتنع وجوب النفقة حقا له فاذا أعادها الى الزوج عاد حقه فيعود حق

المولى فى النفقة فاما فى الفصل الثانى فالنفقة ما كانت واجبة فى العدة لانعدام سبب الوجوب أو شرط الوجوب وهو
التسليم فهو بالبينونة يريد الزام الزوج النفقة ابتداء فى العدة فلا يملك ذلك والاصل فى ذلك ان كل امرأة كانت لها
النفقة يوم الطلاق ثم صارت الى حال لا نفقة لها فيها فلها ان تعود وتأخذ النفقة وكل امرأة لا نفقة لها يوم الطلاق فليس
لها نفقة أبدا الا الناشزة وتفسير ذلك والوجه فيه ماذكرنا ويستوى فى نفقة المعتدة عدة الاقراء وعدة الاشهر وعدة
الحمل لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق فينفق عليها مادامت فى العدة وان تطاولت المدة لعذر الحبل أو لعذر آخر
ويكون القول فى ذلك قولها لان ذلك أمر يعرف من قبلها حتى لو ادعت انها حامل أنفق عليها الى سنتين منذ طلقها لان
الولد يبقى فى البطن الى سنتين فان مضت سنتان ولم تضع فقالت كنت أتوهم انى حامل ولم أحض الى هذه الغاية وطلبت
النفقة لعذر امتداد الطهر وقال الزوج انك ادعيت الحمل فانما تجب على النفقة لعلة الحمل وأكثر مدة الحمل سنتان
وقد مضى ذلك فلا نفقة على فان القاضى لا يلتفت الى قوله ويلزمه النفقة الى ان تنقضى عدتها بالاقراء وتدخل فى عدة
الاياس لان أحد العذرين ان بطل وهو عذر الحمل فقد بقى الآخر وهو عذر امتداد الطهر اذ الممتد طهرها من ذوات
الاقراء وهى مصدقة فى ذلك فان لم تحض حتى دخلت فى حد الاياس أنفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر
الثلاثة واستقبلت العدة بالحيض فلها النفقة لانها معتدة وكذلك لو كانت صغيرة تجامع مثلها فطلقها بعدما دخل بها
انفق عليها ثلاثة أشهر فان حاضت فى الاشهر الثلاثة واستقبلت عدة الاقراء انفق عليها حتى تنقضى عدتها لما قلنا وان
طالبته امرأة بالنفقة وقدمته الى القاضى فقال الرجل للقاضى قد كنت طلقتها منذ سنة وقد انقضت عدتها فى هذه المدة
وجحدت المرأة الطلاق فان القاضى لا يقبل قول الزوج انه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند
القاضى لانه يصدق فى حق نفسه لا فى ابطال حق الغير فان أقام شاهدين على انه طلقها منذ سنة والقاضى لا يعرفهما
أمره القاضى بالنفقة وفرض لها عليه النفقة لان الفرقة منذ سنة لم تظهر بعد فان أقام بينة عدلة أو أقرت هى انها قد
حاضت ثلاث حيض فى هذه السنة فلا نفقة لها على الزوج وان كانت أخذت منه شيأ ترده عليه لظهور ثبوت الفرقة
منذ سنة وانقضاء العدة وان قالت لم أحض فى هذه السنة فالقول قولها ولها النفقة لان القول فى انقضاء العدة قولها
فان قال الزوج قد أخبرتنى ان عدتها قد انقضت لم يقبل قوله فى ابطال نفقتها لانه غير مصدق عليها فى ابطال حقها ولو
طلق امرأته ثلاثا أو بائنا فامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت لاكثر من سنتين وقد كان الزوج أعطاها النفقة الى وقت
الولادة فانه يحكم بانقضاء عدتها قبل الولادة لستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد ويسترد نفقة ستة أشهر
قبل الولادة وعند أبى يوسف لا يسترد شيأ من النفقة وكذلك اذا طلق امرأته فى حال المرض فمتد مرضه
الى سنتين وامتدت عدتها الى سنتين ثم ولدت المرأة بعد الموت بشهر وقد كان أعطاها النفقة الى وقت الوفاة فانها
لا ترث ويسترد منها نفقة ستة أشهر عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ترث ولا يسترد شيأ من النفقة وقد مرت
المسئلتان فى كتاب الطلاق ولا نفقة فى الفرقة قبل الدخول بأى سبب كانت لارتفاع النكاح من كل وجه فينعدم
السبب وهو الحبس الثابت بالنكاح وأم الولد اذا أعتقها مولاها ووجبت عليها العدة لا نفقة لها وان كانت محبوسة
ممنوعة عن الخروج لان هذا الحبس لم يثبت بسبب النكاح وانما يثبت لتحصين الماء فشبهت المعتدة من النكاح
الفاسد ولان نفقتها قبل العتق انما وجبت بملك اليمين لا بالاحتباس وقد زال بالاعتاق ونفقة الزوجة انما وجبت
بالاحتباس وانه قائم

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوب هذه النفقة فلوجوبها شرطان أحدهما يعم النوعين جميعا أعنى نفقة النكاح ونفقة العدة
والثانى يخص أحدهما وهو نفقة العدة أما الاول فتسليم المرأة نفسها الى الزوج وقت وجوب التسليم ونعنى بالتسليم
التخلية وهى أن تخلى بين نفسها وبين زوجها برفع المانع من وطئها أو الاستمتاع بها حقيقة اذا كان المانع من قبلها أو
من قبل غير الزوج فان لم يوجد التسليم على هذا التفسير وقت وجوب التسليم فلا نفقة لها وعلى هذا تخرج مسائل اذا

تزوج بالغة حرة صحيحة سليمة ونقلها الى بيته فلها النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وكذلك اذا لم ينقلها وهى بحيث
لا تمنع نفسها وطلبت النفقة ولم يطالبها بالنقلة فلها النفقة لانه وجد سبب الوجوب. وهو استحقاق الحبس وشرطه
وهو التسليم على التفسير الذى ذكرنا فالزوج بترك النقلة ترك حق نفسه مع امكان الاستيفاء فلا يبطل حقها فى النفقة
فان طالبها بالنقلة فامتنعت فان كان امتناعها بحق بان امتنعت لاستيفاء مهرها العاجل فلها النفقة لانه لا يجب عليها
التسليم قبل استيفاء العاجل من مهرها فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وعلى هذا قالوا لو
طالبها بالنقلة بعد ما أوفاها المهر الى دار مغصوبة فامتنعت فلها النفقة لان امتناعها بحق فلم يجب عليها التسليم فلم تمتنع
من التسليم حال وجوب التسليم ولو كانت ساكنة منزلها فمنعته من الدخول عليها لا على سبيل النشوز فان قالت حولنى
الى منزلك أو اكتر لى منزلا أنزله فانى احتاج الى منزلى هذا آخذ كراءه فلها النفقة لان امتناعها عن التسليم فى بيتها
لغرض التحويل الى منزله أو الى منزل الكراء امتناع بحق فلم يوجد منها الامتناع من التسليم وقت وجوب التسليم وان
كان بغير حق بان كان الزوج قد أوفاها مهرها او كان مؤجلا فلا نفقة لها لانعدام التسليم حال وجوب التسليم فلم
يوجد شرط الوجوب فلا تجب ولهذا لم تجب النفقة للناشزة وهذه ناشزة ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها
برضاها لاستيفاء مهرها فلها النفقة عند أبى حنيفة لانه منع بحق عنده وعندهما لا نفقة لها لكونه منعا بغير حق عندهما
ولو منعت نفسها عن زوجها بعد ما دخل بها على كره منها فلها النفقة لانها محقة فى المنع وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى
كالبالغة فى النفقة لان المعنى الموجب للنفقة يجمعهما وان كانت لا يجامع مثلها فلا نفقة لها عندنا وعند الشافعى لها
النفقة بناء على أن سبب الوجوب عنده النكاح وشرطه عدم النشوز وقد وجدا وشرط الوجوب عندنا تسليم النفس
ولا يتحقق التسليم فى الصغيرة التى لا يجامع مثلها لا منها ولا من غيرها لقيام المانع فى نفسها من الوطء والاستمتاع
لعدم قبول المحل لذلك فانعدم شرط الوجوب فلا تجب وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تخدم الزوج و ينتفع
الزوج بها بالخدمة فسلمت نفسها اليه فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها
لانها اذا لم تحتمل الوطء لم يوجد التسليم الذى أوجبه العقد فكان له أن يمتنع من القبول فان أمسكها فلها النفقة لانه
حصل له منها نوع منفعة وضرب من الاستمتاع وقد رضى بالتسليم القاصر وان ردها فلا نفقة لها حتى يجىء حال
يقدر فيها على جماعها لانعدام التسليم الذى أوجبه العقد وعدم رضاه بالتسليم القاصر وان كان الزوج صغيرا والمرأة
كبيرة فلها النفقة لوجود التسليم منها على التفسير الذى ذكرنا وانما عجز الزوج عن القبض وانه ليس بشرط لوجوب
النفقة وكذلك لو كان الزوج مجبوبا أو عنينا أو محبوسا فى دين أو مريضا لا يقدر على الجماع أو خرج للحج فلها النفقة لما
قلنا ولو كانت المرأة مريضة قبل النقلة مرضا تمتنع من الجماع فنقلت وهى مريضة فلها النفقة بعد النقلة وقبلها أيضا
اذا طلبت النفقة فلم ينقلها الزوج وهى لا تمتنع من النقلة لو طالبها الزوج وان كانت تمتنع فلا نفقة لها كالصحيحة
كذا ذكر فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه لا نفقة لها قبل النقلة فاذا نقلت وهى مريضة فله أن يردها وجه
رواية أبى يوسف أنه لم يوجد التسليم اذ هو تخلية وتمكين ولا يتحقق ذلك مع المانع وهو نبوة المحل فلا تستحق النفقة
كالصغيرة التى لا تحتمل الوطء واذا سلمت نفسها وهى مريضة له أن يردها لان التسليم الذى أوجبه العقد وهو التسليم
الممكن من الوطء لما لم يوجد كان له أن لا يقبل التسليم الذى لم يوجبه العقد وهكذا قال أبو يوسف فى الصغيرة التى لم
تجامع مثلها أن له أن يردها لما قلنا وجه ظاهر الرواية أن التسليم فى حق التمكين من الوطء ان لم يوجد فقد وجد فى حق
التمكين من الاستمتاع وهذا يكفى لوجوب النفقة كما فى الحائض والنفساء والصائمة صوم رمضان واذا امتنعت فلم
يوجد منها التسليم رأسا فلا تستحق النفقة وقال أبو يوسف اذا كانت المريضة تؤنسه و ينتفع بها فى غير الجماع
فان شاء ردها وان شاء أمسكها فان أمسكها فلها النفقة وان ردها فلا نفقة لها لما ذكرنا فى الصغيرة وان نقلت وهى صحيحة
ثم مرضت فى بيت الزوج مرضا لا تستطيع معه الجماع لم تبطل نفقتها بلا خلاف لان التسليم المطلق وهو التسليم

الممكن من الوطء والاستمتاع قد حصل بالانتقال لانها كانت صحيحة كذا الانتقال ثم قصر التسليم لعارض يحتمل الزوال فاشبه الحيض أو نقول التسليم المستحق بالعقد فى حق المريضة التى لا تحتمل الجماع قبل الانتقال و بعده هو التسليم فى حق الاستمتاع لا فى حق الوطء كما فى حق الحائض وكذا اذا نقلها ثم ذهب عقلها فصارت معتوهة مغلوبة أو كبرت فطعنت فى السن حتى لا يستطيع زوجها جماعها أو أصابها بلاء فلها النفقة لما قلنا ولو حبست فى دين ذكر فى الجامع الكبير أن لا نفقة لها ولم يفصل بين ما اذا كان الحبس قبل الانتقال أو بعده و بين ما اذا كانت قادرة على التخلية أولا لان حبس النكاح قد بطل باعتراض حبس الدين لان صاحب الدين أحق بحبسها بالدين وفات التسليم أيضا بمعنى من قبلها وهو مطلها فصارت كالناشزة وذكر الكرخى أنها اذا كانت محبوسة فى دين من قبل النقلة فان كانت تقدر على أن تخلى بينه و بين نفسها فلها النفقة وان كانت فى موضع لا تقدر على التخلية فلا نفقة لها وهذا تفسير ما أجمله محمد فى الجامع لانها اذا كانت تقدر على أن توصله اليها فالظاهر منها عدم المنع لو طالبها الزوج وهذا تفسير التسليم فان لم يطالبها فالتقصير جاء من قبله فلا يسقط حقها وان كانت لا تقدر على التخلية فالتسليم فات بمعنى من قبلها وهو مطلها فلا تستوجب النفقة ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لما قلنا فى المريضة وذكر القدورى أن ما ذكره الكرخى فى الحبس محمول على ما اذا كانت محبوسة لا تقدر على قضائه فاما اذا كانت قادرة على القضاء فلم تقض فلا نفقة لها وهذا صحيح لانها اذا لم تقض مع القدرة على القضاء صارت كأنها حبست نفسها فتصير بمعنى الناشزة ولو فرض القاضى لها النفقة ثم أخذها رجل كارهة فهرب بها شهرا أو غصبها غاصب لم يكن لها نفقة فى المدة التى منعها لفوات التسليم لا لمعنى من جهة الزوج وروى عن أبى يوسف أن لها النفقة لان الفوات ما جاء من قبلها والرتقاء والقرناء لهما النفقة بعد النقلة وقبلها اذا طلبتا ولم يظهر منهما الامتناع فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أن لهما النفقة بعد الانتقال فأما قبل الانتقال فلا نفقة لهما وجه رواية أبى يوسف أن التسليم الذى أوجبه العقد لم يوجد فى حقهما قبل الانتقال و بعده الا أنه لما قبلهما مع العلم بالعيب فقد رضى بالتسليم القاصر كما قال فى المريضة الا أن هنا قال لا يجوز له أن يردهما وقال فى الصغيرة التى ينتفع بها فى الخدمة والمريضة التى يستأنس بها ان له أن يردهما وجه ظاهر الرواية ان العقد انعقد فى حقهما موجبا تسليم مثلهما وهو التمكين من الاستمتاع دون الوطء وهذا النوع من التسليم يكفى لاستحقاق النفقة كتسليم الحائض والنفساء والمحرمة والصائمة مع ما ان التسليم المطلق يتصور منهما بواسطة ازالة المانع من الرتق والقرن بالعلاج فيمكن الانتفاع بهما وطأ ولو حجت المرأة حجة فريضة فان كان ذلك قبل النقلة فحجت بلا محرم ولا زوج فهى ناشزة وان حجت مع محرم لها دون الزوج فلا نفقة لها فى قولهم جميعا لانها امتنعت من التسليم بعد وجوب التسليم فصارت كالناشزة وان كانت انتقلت الى منزل الزوج ثم حجت مع محرم لها دون الزوج فقد قال أبو يوسف لها النفقة وقال محمد لا نفقة لها وجه قول محمد ان التسليم قد فات بأمر من قبلها وهو خروجها فلا تستحق النفقة كالناشزة ولأبى يوسف ان التسليم المطلق قد حصل بالانتقال الى منزل الزوج ثم فات بعارض أداء فرض وهذا لا يبطل النفقة كما لو انتقلت الى منزل زوجها ثم لزمها صوم رمضان أو نقول حصل التسليم المطلق بالانتقال ثم فات لعذر فلا تسقط النفقة كالمريضة ثم اذا وجبت لها النفقة على أصل أبى يوسف يفرض لها القاضى نفقة الاقامة لا نفقة السفر لان الزوج لا يلزمه الا نفقة الحضر فأما زيادة المؤنة التى تحتاج اليها المرأة فى السفر من الكراء ونحو ذلك فهى عليها لا عليه لانها لأداء الفرض والفرض عليها فكانت تلك المؤنة عليها لا عليه كما لو مرضت فى الحضر كانت المداواة عليها لا على الزوج فان جاورت بمكة أو أقامت بها بعد أداء الحج اقامة لا تحتاج اليها سقطت نفقتها لانها غير معذورة فى ذلك فصارت كالناشزة فان طلبت نفقة ثلاثة أشهر قدر الذهاب والمجىء لم يكن على الزوج ذلك ولكن يعطيها نفقة شهر واحد فاذا عادت أخذت ما بقى لان الواجب عليه لها نفقة الاقامة لا نفقة السفر ونفقة الاقامة تفرض لها كل شهر فشهر

وهذه المسألة لا تتفرع على أصل محمد هذا اذا لم يخرج الزوج معها الى الحج فأما اذا خرج فلها النفقة بلا خلاف لوجود التسليم المطلق لامكان الانتفاع بها وطأ واستمتاعا في الطريق فصارت كالمقيمة في منزله ولو آلى منها أو ظاهر منها فلها النفقة لان حق الحبس قائم والتسليم موجود وتمكنه من وطئها والاستمتاع بها بغير واسطة في الايلاء وبواسطة تقديم الكفارة في الظهار فوجد سبب وجوب النفقة وشرط وجوبها فتجب ولو تزوج أخت امرأته أو عمتها أو خالتها ولم يعلم بذلك حتى دخل بها فرق بينهما ووجب عليه أن يعتزلها مدة عدة أختها فلامرأته النفقة لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو التسليم الا أنه امتنع الانتفاع بها بعارض يزول فأشبه الحيض والنفاس وصوم رمضان ولا نفقة لاختها وان وجبت عليها العدة لانها معتدة من نكاح فاسد وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا تزوج حر أو عبد أمة أو قنة أو مدبرة أو أم ولد انه ان بوأها المولى تجب النفقة والا فلا لان سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم لا يتحقق بدون التبوئة لان التبوئة هو أن يخلي المولى بينها وبين زوجها في منزل زوجها لا يستخدمها فاذا كانت مشغولة بخدمة المولى لم تكن محبوسة عند الزوج ولا مسلمة اليه ولا يجبر المولى على التبوئة لان خدمتها حق المولى فلا يجبر الانسان على ايفاء حق نفسه لغيره فان بوأها المولى ثم بدا له أن يستخدمها فله ذلك لما ذكرنا ان خدمتها حق المولى لان منافع سائر الاعضاء بقيت على ملكه وانما أعارها للزوج بالتبوئة وللمعير أن يسترد عاريته ولا نفقة على الزوج مدة الاستخدام لفوات التسليم فيها من جهة المولى ولو بوأها مولاها بيت الزوج فكانت تجيء في أوقات الى مولاها فتخدمه من غير أن يستخدمها قالوا لا تسقط نفقتها لان الاسترداد انما يحصل بالاستخدام ولم يوجد ولان هذا القدر من الخدمة لا يقدح في التسليم كالحرة اذا خرجت الى منزل أبيها وان كانت مكاتبة تزوجت باذن المولى حتى جاز العقد فلها النفقة ولا يشترط التبوئة لان خدمتها ليست حق المولى اذ لا حق للمولى في منافعها ألا ترى أنه ليس للمولى أن يستخدمها فكانت في منافعها كالحرة فيجبر المولى على التسليم ويجب على الزوج النفقة والعبد اذا تزوج باذن المولى حرة أو أمة فهو في وجوب النفقة كالحر لاستوائهما في سبب الوجوب وهو حق الحبس وشرطه وهو التسليم ولهذا استويا في وجوب المهر الا أن الفرق بينهما أن النفقة اذا صارت مفروضة على العبد تتعلق برقبته وكسبه يباع فيها الا أن يفديه المولى فيسقط حق الغريم كسائر الديون ويبدأ بها قبل الغلة لمولاه فان كان المولى ضرب عليه ضريبة فان نفقة امرأته تتقدم على ضريبة مولاه لانها بالفرض صارت دينا في رقبته حتى يباع بها فأشبه سائر الديون بخلاف الغلة فانها لا تجب للمولى على عبده دين في الحقيقة فان مات العبد قبل البيع بطلت النفقة ولا يؤخذ المولى بشيء لفوات محل التعليق فيبطل التعليق كالعبد المرهون اذا هلك يبطل الدين الذي تعلق به وكذلك اذا قتل العبد في ظاهر الرواية وذكر الكرخي انه اذا قتل كانت النفقة في قيمته ووجه ما ذكره الكرخي ان القيمة قامت مقام العبد لانها بدله فتقوم مقامه كأنه هو كما في سائر الديون ووجه ظاهر الرواية ان القيمة انما تقام مقام الرقبة في الديون المطلقة لا فيما يجري مجرى الصلات والنفقة تجري مجرى الصلات على أصل أصحابنا لما نذكر ان شاء الله تعالى فتسقط بالموت قبل القبض كسائر الصلات ولهذا لو كان الزوج حرا فقتل خطأ سقطت عندنا ولا تقام الدية مقامه فكذا اذا كان عبدا وكذلك المدبر وأم الولد لما قلنا غير ان هؤلاء لا يباعون لان ديونهم تتعلق باكسابهم لا برقابهم لتعذر استيفائها من رقابهم لان الاستيفاء بالبيع ورقابهم لا تحتمل البيع وأما المكاتب فعندنا يتعلق الدين برقبته وكسبه كالقن لتصور الاستيفاء من رقبته لاحتمال العجز لانه اذا عجز يعود قنا فيسعى فيها ما دام مكاتبا فاذا قضي بعجزه وصار قنا يباع فيها الا ان يفديه المولى كما في الكتابة وأما المعتق البعض فهو عند أبي حنيفة بمنزلة المكاتب الا انه لا يتصور فيه العجز والبيع في الدين فيسعى في نفقتها وعندهما هو حر عليه دين ولا يجب على العبد نفقة ولده سواء كان من امرأة حرة أو أمة لانه ان كان من حرة يكون حرا فلا يجب على العبد نفقة

الحر وتكون على الام نفقته ان كانت غنية وان كانت محتاجة فعلى من يرث الولد من القرابة وان كان من أمة
فيكون عبدا لمولاها فلا يلزم غيره نفقته وكذلك الحر اذا تزوج أمة فولدت له أولادا فنفقة الاولاد على مولى الامة
لانهم مماليكه والعبد والحر فى ذلك سواء وكذلك المدبرة وأم الولد فى هذا كالامة القنة لما قلنا وان كان مولى
الامة فى هذه المسائل فقيرا والزوج أب الولد غنيا لا يؤمر الاب بالنفقة على ولده بل اما ان يبيعه مولاه أو ينفق
عليه ان كان من أمة قنة وان كان من مدبرة أو أم ولد ينفق الاب عليه ثم يرجع على المولى اذا أيسر لتعذر الجبر على
البيع ههنا لعدم قبول المحل فأما اذا كانت مكاتبة فنفقة أولادها لا تجب على زوجها وانما تجب على الام المكاتبة
سواء كان الاب حرا أو عبدا لان ولد المكاتبة ملك المولى رقبة وهو حق المكاتبة كسبا ألا ترى انها تستعين
با كسابه فى رقبتها وعتقها واذا كانت اكسابه حقا لها كانت نفقته عليها لان نفقة الانسان تتبع كسبه قال النبى
صلى الله عليه وسلم ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان زوج ابنته من عبده فلها النفقة على العبد لان البنت
تجب لها على أبيها دين فيجوز أن تجب على عبد أبيها وان زوج أمته من عبده فنفقتهما جميعا على المولى لانهما جميعا ملك
المولى والله عز وجل أعلم والكتابية فى استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما فى سبب
الاستحقاق وشرطه والذمى فى وجوب النفقة عليه لزوجته التى ليست من محارمه كالمسلم لاستوائهما فى سبب
الوجوب وشرطه ولان ما ذكرنا من دلائل الوجوب لا يوجب الفصل بين المسلم والذمى فى النفقة ولقول النبى صلى الله
عليه وسلم واذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وعلى المسلم نفقة زوجته فهكذا على
الذمى وأما اذا كانت من محارمه فقد قال أبو حنيفة انها اذا طلبت النفقة فان القاضى يقضى بالنفقة لها وعند أبى يوسف
ومحمد وزفر والشافعى لا يقضى بناء على ان هذا النكاح فاسد عندهم وأما عند أبى حنيفة فقد ذكر بعض مشايخنا انه صحيح
عندهم حتى قال انهما يقران عليه ولا يعترض عليهما قبل ان يترافعا أو يسلم أحدهما وذكر الكرخى ان هذا النكاح
فاسد بالاجماع وانما أوجب أبو حنيفة النفقة مع فساد هذا النكاح لانهما يقران عليه مع فساده عنده فان أبا حنيفة
قال انى أفرض عليه النفقة لكل امرأة أقرت على نكاحها جائزا كان النكاح عندى أو باطلا ووجهه انه لما أقر على
نكاحها فقد الحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح فى حق وجوب النفقة وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح فى
بعض الاحكام من النسب والعدة وغير ذلك ويستوى فى استحقاق هذه النفقة المعسرة والموسرة فتستحق الزوجة
النفقة على زوجها وان كانت موسرة لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وشرطه ولان هذه النفقة لها شبه بالاعواض
فيستوى فيها الفقير والغنى كنفقة القاضى والمضارب بخلاف نفقة المحارم انها لا تجب للغنى لانها تجب صلة محضة
لمكان الحاجة فلا تجب عند عدم الحاجة وتجب هذه النفقة من غير قضاء القاضى لكنها لا تصير دينا فى الذمة الا بقضاء
أو رضا على ما نذكر ان شاء الله تعالى بخلاف نفقة ذوى الارحام فانها لا تجب من غير قضاء القاضى ونفقة الوالدين
والمولودين تجب من غير قضاء القاضى والفرق بين هذه الجملة يذكر فى نفقة الاقارب ان شاء الله تعالى ولا نفقة للناشزة
لفوات التسليم بمعنى من جهتها وهو النشوز والنشوز فى النكاح ان تمنع نفسها من الزوج بغير حق خارجة من منزله بان
خرجت بغير اذنه وغابت أو سافرت فاما اذا كانت فى منزله ومنعت نفسها فى رواية فلها النفقة لانها محبوسة لحقه منتفع
بها ظاهرا وغالبا فكان معنى التسليم حاصلا والنشوز فى العدة ان تخرج من بيت العدة مراغمة لزوجها أو تخرج لمعنى
من قبلها وقد روى ان فاطمة بنت قيس كانت تبذو على احمائها فنقلها النبى صلى الله عليه وسلم الى بيت ابن أم مكتوم
ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى لان الاخراج كان بمعنى من قبلها فصارت كانها خرجت بنفسها مراغمة لزوجها وأما الثانى
وهو الشرط الذى يخص نفقة العدة فهو ان لا يكون وجوب العدة بفرقة حاصلة من قبلها بسبب محظور استحسانا
والقياس انه ليس بشرط وقد مر وجه القياس والاستحسان فيما تقدم وكل امرأة لها النفقة فلها الكسوة لقوله تعالى
وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وغير ذلك من النصوص التى ذكرناها فيما تقدم ولان سبب وجوبهما

لا يختلف وكذا شرط الوجوب ويجبان على الموسر والمعسر لان دليل الوجوب لا يفصل والله أعلم وكل امرأة لها النفقة لها السكنى لقوله عز وجل أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وقرأ ابن مسعود رضى الله عنه أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم ولانهما استويا فى سبب الوجوب وشرطه وهو ما ذكرنا فيستويان فى الوجوب ويستوى فى وجوبهما أصل الوجوب الموسر والمعسر لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل وانما يختلفان فى مقدار الواجب منهما وسنبينه ان شاء الله تعالى فى موضعه ولو أراد الزوج ان يسكنها مع ضرتها أو مع احمائها كام الزوج وأخته وبنته من غيرها وأقاربه فأبت ذلك عليه ان يسكنها فى منزل مفرد لانهن ربما يؤذينها ويضررن بها فى المساكنة وآباؤها دليل الاذى والضرر ولانه يحتاج الى ان يجامعها ويعاشرها فى أى وقت يتفق ولا يمكنه ذلك اذا كان معهما ثالث حتى لو كان فى الدار بيوت ففرغ لها بيتا وجعل لبيتها غلقا على حدة قالوا انها ليس لها ان تطالبه ببيت آخر ولو كانت فى منزل الزوج وليس معها أحد يساكنها فشكت الى القاضى ان الزوج يضربها ويؤذيها سأل القاضى جيرانها فان أخبروا بما قالت وهم قوم صالحون فالقاضى يؤدبه ويأمره بان يحسن اليها ويأمر جيرانه ان يتفحصوا عنها وان لم يكن الجيران قوما صالحين أمره القاضى ان يحولها الى جيران صالحين فان أخبروا القاضى بخلاف ما قالت أقرها هناك ولم يحولها وللزوج ان يمنع أباها وأمها وولدها من غيره ومحارمها من الدخول عليها لان المنزل منزله فكان له ان يمنع من شاء وليس له ان يمنعهم من النظر اليها وكلامها خارج المنزل لان ذلك ليس بحق له الا أن يكون فى ذلك فتنة بان يخاف عليها الفساد فله ان يمنعهم من ذلك أيضا

(فصل) وأما بيان مقدار الواجب منها فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان ما تقدر به هذه النفقة والثانى فى بيان من تقدر به أما الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا هذه النفقة غير مقدرة بنفسها بل بكفايتها وقال الشافعى مقدرة بنفسها على الموسر مدان وعلى المتوسط مد ونصف وعلى المعسر نصف مد واحتج بظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته أى قدر سعته فدل انها مقدرة ولانه اطعام واجب فيجب ان يكون مقدرا كالاطعام فى الكفارات ولانها وجبت بدلا لانها تجب بمقابلة الملك عندى ومقابلة الحبس عندكم فكانت مقدرة كالثمن فى البيع والمهر فى النكاح ولنا قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف مطلقا عن التقدير فمن قدر فقد خالف النص ولانه أوجبها باسم الرزق ورزق الانسان كفايته فى العرف والعادة كرزق القاضى والمضارب وروى ان هند امرأة أبى سفيان قالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى فقال صلى الله عليه وسلم خذى من مال أبى سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف نص عليه أفضل الصلاة والسلام على الكفاية فدل ان نفقة الزوجة مقدرة بالكفاية ولانها وجبت بكونها محبوسة بحق الزوج ممنوعة عن الكسب لحقه فكان وجوبها بطريق الكفاية كنفقة القاضى والمضارب وأما الآية فهى حجة عليه لان فيها أمر الذى عنده السعة بالانفاق على قدر السعة مطلقا عن التقدير بالوزن فكان التقدير به تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل وقوله انه اطعام واجب يبطل بنفقة الاقارب فانه اطعام واجب وهى غير مقدرة بنفسها بل بالكفاية والتقدير بالوزن فى الكفارات ليس لكونها نفقة واجبة بل لكونها عبادة محضة وجوبها على وجه الصدقة كالزكاة فكانت مقدرة بنفسها كالزكاة ووجوب هذه النفقة ليس على وجه الصدقة بل على وجه الكفاية فتتقدر بكفايتها كنفقة الاقارب وأما قوله انها وجبت بدلا ممنوع ولسنا نقول انها تجب بمقابلة الحبس بل تجب جزاء على الحبس ولا يجوز ان تكون واجبة بمقابلة ملك النكاح لما ذكرنا واذا كان وجوبها على سبيل الكفاية فيجب على الزوج من النفقة قدر ما يكفيها من الطعام والادام والدهن لان الخبز لا يؤكل عادة الا مأدوما والدهن لا بد منه للنساء ولا تقدر نفقتها بالدراهم والدنانير على أى سعر كانت لان فيه اضرارا باحد الزوجين اذ السعر قد يغلو وقد يرخص بل تقدر لها على حسب اختلاف الاسعار غلاء ورخصا رعاية للجانبين ويجب عليه من الكسوة فى كل سنة مرتين صيفية وشتوية لانها كما تحتاج الى الطعام والشراب تحتاج الى اللباس

لستر العورة ولدفع الحر والبرد ويختلف ذلك باليسار والاعسار والشتاء والصيف على ما نذكر ان شاء الله تعالى وذكر
فى كتاب النكاح ان المعسر يفرض عليه خمسة دراهم فى الشهر والموسر عشرة وذلك محمول على اعتبار قرار السعر فى
الوقت ولو جاء الزوج بطعام يحتاج الى الطبخ والخبز فابت المرأة الطبخ والخبز يعنى بان تطبخ وتخبز لما روى ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين على وفاطمة رضى الله عنهما فجعل أعمال الخارج على على وأعمال الداخل
على فاطمة رضى الله عنهما ولكنها لا تجبر على ذلك ان أبت ويؤمر الزوج ان يأتى لها بطعام مهيأ ولو استأجرها للطبخ
والخبز لم يجز ولا يجوز لها أخذ الاجرة على ذلك لانها لو أخذت الاجرة لاخذتها على عمل واجب عليها فى الفتوى
فكان فى معنى الرشوة فلا يحل لها الاخذ وذكر الفقيه أبو الليث ان هذا اذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز
أو كانت من بنات الاشراف فاما اذا كانت تقدر على ذلك وهى ممن تخدم بنفسها تجبر على ذلك وان كان لها خادم يجب
لخادمها أيضا النفقة والكسوة اذا كانت متفرغة لشغلها وخدمتها لا شغل لها غيرها لان أمور البيت لا تقوم بها وحدها
فتحتاج الى خادم ولا يجب عليه لاكثر من خادم واحد فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يجب
لخادمين ولا يجب لاكثر من ذلك وروى عنه رواية أخرى ان المرأة اذا كانت يجل مقدارها عن خدمة خادم
واحد وتحتاج الى أكثر من ذلك يجب لاكثر من ذلك بالمعروف وبه أخذ الطحاوى وجه ظاهر قول
أبى يوسف ان خدمة امرأة لا تقوم بخادم واحد بل تقع الحاجة الى خادمين يكون أحدهما معينا للآخر
وجه قولهما ان الزوج لو قام بخدمتها بنفسه لا يلزمه نفقة خادم أصلا وخادم واحد يقوم مقامه
فلا يلزمه غيره لانه اذا اقام مقامه صار كانه خدم بنفسه ولان الخادم الواحد لا بد منه والزيادة على ذلك ليس له حد معلوم
يقدر به فلا يكون اعتبار الخادمين أولى من الثلاثة والاربعة فيقدر بالاقل وهو الواحد هذا اذا كان الزوج موسرا
فاما اذا كان معسرا فقد روى الحسن عن أبى حنيفة انه ليس عليه نفقة خادم وان كان لها خادم وقال محمد ان كان لها
خادم فعليه نفقته والا فلا وجه قول محمد انه لما كان لها خادم علم انها لا ترضى بالخدمة بنفسها فكان على الزوج نفقة
خادمها وان لم يكن لها خادم دل انها راضية بالخدمة بنفسها فلا تجبر على اتخاذ خادم لم يكن وجه رواية الحسن ان الواجب
على الزوج المعسر من النفقة أدنى الكفاية وقد تكتفى المرأة بخدمة نفسها فلا يلزمه نفقة الخادم وان كان لها خادم وأما
الثانى وهو بيان من يقدر به هذه النفقة فقد اختلف فيه أيضا ذكر الكرخى ان قدر النفقة والكسوة يعتبر بحال الزوج
فى يساره واعساره لا بحالها وهو قول الشافعى أيضا وذكر الخصاص انه يعتبر بحالهما جميعا حتى لو كانا موسرين فعليه
نفقة اليسار وان كانا معسرين فعليه نفقة الاعسار وكذلك اذا كان الزوج معسرا والمرأة موسرة ولا خلاف فى هذه
الجملة فاما اذا كان الزوج موسرا والمرأة معسرة فعليه نفقة اليسار على ما ذكره الكرخى وعلى قول الخصاف عليه أدنى
من نفقة الموسرات وأوسع من نفقة المعسرين حتى لو كان الزوج مفرطا فى اليسار يأكل خبز الحوارى ولحم الحمل
والدجاج والمرأة مفرطة فى الفقر تأكل فى بيتها خبز الشعير لا يجب عليه أن يطعمها ما يأكله ولا يطعمها ما كانت تأكل
فى بيت أهلها أيضا ولكن يطعمها خبز الحنطة ولحم الشاة وكذلك الكسوة على هذا الاعتبار وجه قول الخصاف
ان فى اعتبار حالهما فى تقدير النفقة والكسوة نظرا من الجانبين فكان أولى من اعتبار حال أحدهما والصحيح
ما ذكره الكرخى لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا
ما آتاها وهذا نص فى الباب واذا عرف هذا فنقول اذا كان الزوج معسرا ينفق عليها أدنى ما يكفيها من الطعام
والادام والدهن بالمعروف ومن الكسوة أدنى ما يكفيها من الصيفية والشتوية وان كان متوسطا ينفق عليها أوسع
من ذلك بالمعروف ومن الكسوة أرفع من ذلك بالمعروف وان كان غنيا ينفق عليها أوسع من ذلك كله بالمعروف
ومن الكسوة أرفع من ذلك كله بالمعروف وانما كانت النفقة والكسوة بالمعروف لان دفع الضرر عن الزوجين
واجب وذلك فى ايجاب الوسط من الكفاية وهو تفسير المعروف فيكفيها من الكسوة فى الصيف قميص وخمار

وملحفة

وملحفة وسراويل أيضا فى عرف ديارنا على قدر حاله من الخشن واللين والوسط والخشن اذا كان من الفقراء واللين اذا كان من الاغنياء والوسط اذا كان من الاوساط وذلك كله من القطن أو الكتان على حسب عادات البلدان الا الخمار فانه يفرض على الغنى خمار حرير وفى الشتاء يزاد على ذلك حشو يا وفروة بحسب اختلاف البلاد فى الحر والبرد وأما نفقة الخادم فقد قيل ان الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم كما يلزم المعسر نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية وكذا الكسوة ولو اختلفا فقالت المرأة انه موسر وعليه نفقة الموسرين وقال الزوج انى معسر وعلى نفقة المعسرين والقاضى لا يعلم بحاله ذكر فى كتاب النكاح ان القول قول الزوج مع يمينه وكذا ذكر القاضى والخصاف وذكر محمد فى الزيادات ان القول قول المرأة مع يمينها وأصل هذا انه متى وقع الاختلاف بين الطالب وبين المطلوب فى يسار المطلوب واعساره فى سائر الديون فالمشايخ اختلفوا فيه منهم من جعل القول قول المطلوب مطلقا ومنهم من جعل القول قول الطالب مطلقا ومنهم من حكم فيه زى المطلوب ومحمد فصل بين الامرين فجعل القول قول الطالب فى البعض وقول المطلوب فى البعض وذكر فى الفصل أصلا يوجب أن يكون القول فى النفقة قول المرأة وكذا فصل الخصاف لكنه ذكر أصلا يقتضى أن يكون القول فى النفقة قول الزوج وبيان الاصلين وذكر الحجج يأتى فى كتاب الحبس ان شاء الله تعالى فان أقامت المرأة البينة على يساره قبلت بينتها وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينتها لانها مثبتة وبينة الزوج لا تثبت شيئا ولو فرض القاضى لها نفقة شهر وهو معسر ثم أيسر قبل تمام الشهر يزيدها فى الفرض لان النفقة تختلف باختلاف اليسار والاعسار وكذلك لو فرض لها فريضة للوقت والسعر رخيص ثم غلا فلم يكفها ما فرض لها فانه يزيدها فى الفرض لان الواجب كفاية الوقت وذلك يختلف باختلاف السعر ولو فرض لها نفقة شهر فدفعها الزوج اليها ثم ضاعت قبل تمام الشهر فليس عليه نفقة أخرى حتى يمضى الشهر وكذا اذا كساها الزوج فضاعت الكسوة قبل تمام المدة فلا كسوة لها عليه حتى تمضى المدة التى أخذت لها الكسوة بخلاف نفقة الاقارب فانه هناك يجبر على نفقة أخرى وكسوة أخرى تمام المدة التى أخذها الكسوة اذا حلف انها ضاعت ووجه الفرق ان تلك النفقة تجب للحاجة ألا ترى انها لا تجب الا للمحتاج وقد تحققت الحاجة الى نفقة أخرى وكسوة أخرى ووجوب هذه النفقة ليس معلولا بالحاجة بدليل انها تجب للموسرة الا ان لها شبها بالاعواض وقد جعلت عوضا عن الاحتباس فى جميع الشهر فلا يلزمه عوض آخر فى هذه المدة ولو فرض القاضى لها نفقة أو كسوة فمضى الوقت الذى أخذت له وقد بقيت تلك النفقة أو الكسوة بان أكلت من مال آخر أو لبست ثوبا آخر فلها عليه نفقة أخرى وكسوة أخرى بخلاف نفقة الاقارب والفرق ما ذكرنا ان نفقة الاقارب تجب بعلة الحاجة صلة محضة ولا حاجة عند بقاء النفقة والكسوة ونفقة الزوجات لا تجب لمكان الحاجة وانما تجب جزاء على الاحتباس لكن لها شبهة العوضية عن الاحتباس وقد جعلت عوضا فى هذه المدة وهى محتبسة بعد مضى هذه المدة بحبس آخر فلا بد لها من عوض آخر ولو نفدت نفقتها قبل مضى المدة التى لها أخذت أو تخرق الثوب فلا نفقة لها على الزوج ولا كسوة حتى تمضى المدة بخلاف نفقة الاقارب وكسوتهم والفرق نحو ما ذكرنا والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوب هذه النفقة فقد اختلف العلماء فى كيفية وجوبها قال أصحابنا انها تجب على وجه لا يصير دينا فى ذمة الزوج الا بقضاء القاضى أو بتراضى الزوجين فان لم يوجد أحد هذين تسقط بمضى الزمان وقال الشافعى انها تصير دينا فى الذمة من غير قضاء القاضى ولا رضاه ولا تسقط بمضى الزمان فيقع الكلام فى هذا الفصل فى مواضع فى بيان ان الفرض من القاضى أو التراضى هل هو شرط صيرورة هذه النفقة دينا فى ذمة الزوج أم لا وفى بيان شرط جواز فرضها من القاضى على الزوج اذا كان شرطا وفى بيان حكم صيرورتها دينا فى ذمة الزوج أما الاول فهو على الاختلاف الذى ذكرنا احتج الشافعى بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى كلمة ايجاب فقد أخبر سبحانه وتعالى عن وجوب النفقة والكسوة مطلقا عن الزمان وقوله عز وجل لينفق ذو سعة

من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله أمر تعالى بالانفاق مطلقا عن الوقت ولان النفقة قد وجبت والاصل
ان ما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو بالابراء كسائر الواجبات ولانها وجبت عوضا لوجوبها بمقابلة المتعة
فبقيت فى الذمة من غير قضاء كالمهر والدليل عليه ان الزوج يجبر على تسليم النفقة ويحبس عليها والصلة لا تحتمل
الحبس والجبر ولنا ان هذه النفقة تجرى مجرى الصلة وان كانت تشبه الاعواض لكنها ليست بعوض حقيقة لانها
لو كانت عوضا حقيقة فاما ان كانت عوضا عن نفس المتعة وهى الاستمتاع واما ان كانت عوضا عن ملك المتعة وهى
الاختصاص بها لا سبيل الى الاول لان الزوج ملك متعتها بالعقد فكان هو بالاستمتاع متصرفا فى ملك نفسه
باستيفاء منافع مملوكة له ومن تصرف فى ملك نفسه لا يلزمه عوض لغيره ولا وجه للثانى لان ملك المتعة قد قوبل بعوض
مرة فلا يقابل بعوض آخر فخلت النفقة عن معوض فلا يكون عوضا حقيقة بل كانت صله ولذلك سماها الله تعالى رزقا
بقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والرزق اسم للصلة كرزق القاضى والصلات لا تملك
بانفسها بل بقرينة تنضم اليها وهى القبض كما فى الهبة أو قضاء القاضى لان القاضى له ولاية الالزام فى الجملة أو التراضى
لان ولاية الانسان على نفسه أقوى من ولاية القاضى عليه بخلاف المهر لانه أوجب بمقابلة ملك المتعة فكان عوضا
مطلقا فلا يسقط بمضى الزمان كسائر الديون المطلقة ولا حجة له فى الآيتين لان فيهما وجوب النفقة لا بقاؤها واجبة
لانهما لا يتعرضان للوقت فلو ثبت البقاء انما يثبت باستصحاب الحال وانه لا يصلح لالزام الخصم وأما قوله ان الاصل
فيما وجب على انسان لا يسقط الا بالايصال أو الابراء فنقول هذا حكم الواجب مطلقا لا حكم الواجب على طريق
الصلة بل حكمه انه يسقط بمضى الزمان كنفقة الاقارب وأجرة المسكن وقد خرج الجواب عن قوله انها
وجبت عوضا وأما الجبر والحبس فالصلة تحتمل ذلك فى الجملة فانه يجبر على نفقة الاقارب ويحبس بها وان كانت
صلة وكذا من أوصى بان يوهب عبده من فلان بعد موته فمات الموصى فامتنع الوارث من تنفيذ الهبة فى العبد
يجبر عليه ويحبس بانه وان كانت الهبة صلة فدل ان الجبر والحبس لا ينفيان معنى الصلة وعلى هذا يخرج ما اذا
استدانت على الزوج قبل الفرض أو التراضى فانفقت انها لا ترجع بذلك على الزوج بل تكون متطوعة فى الانفاق
سواء كان الزوج غائبا أو حاضرا لانها لم تصر دينا فى ذمة الزوج لعدم شرط صيرورتها دينا فى ذمته فكانت الاستدانة
الزام الدين الزوج بغير أمره وأمر من له ولاية الامر فلم يصح وكذا اذا أنفقت من مال نفسها لما قلنا وكذا لو
أبرأت زوجها من النفقة قبل فرض القاضى والتراضى لا يصح الابراء لانه ابراء عما ليس بواجب والابراء اسقاط
واسقاط ما ليس بواجب ممتنع وكذا لو صالحت زوجها على نفقة وذلك لا يكفيها ثم طلبت من القاضى ما يكفيها فان
القاضى يفرض لها ما يكفيها لانها حطت ما ليس بواجب والحط قبل الوجوب باطل كالابراء والله أعلم وأما
الثانى فلوجوب الفرض على القاضى وجوازه منه شرطان أحدهما طلب المرأة الفرض منه لانه انما يفرض النفقة
على الزوج حقا لها فلا بد من الطلب من صاحب الحق والثانى حضرة الزوج حتى لو كان الزوج غائبا فطلبت المرأة من
القاضى أن يفرض لها عليه نفقة لم يفرض وان كان القاضى عالما بالزوجية وهذا قول أبى حنيفة الآخر وهو قول
شريح وقد كان أبو حنيفة أولا يقول وهو قول ابراهيم النخعى ان هذا ليس بشرط ويفرض القاضى النفقة على الغائب
وحجة هذا القول ما رويناعن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لهند امرأة أبى سفيان خذى من مال أبى سفيان
ما يكفيك وولدك بالمعروف وذلك من النبى صلى الله عليه وسلم كان فرضا للنفقة على أبى سفيان وكان غائبا وحجة
القول الاخير ان الفرض من القاضى على الغائب قضاء عليه وقد صح من أصلنا ان القضاء على الغائب لا يجوز الا ان
يكون عنه خصم حاضر ولم يوجد وأما الحديث فلا حجة له فيه لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال لهند على
سبيل الفتوى لا على طريق القضاء بدليل انه لم يقدر لها ما تأخذه من مال أبى سفيان وفرض النفقة من القاضى
تقديرها فاذا لم تقدر لم تكن فرضا فلم تكن قضاء تحقيقه ان من يجوز القضاء على الغائب فانما يجوزه اذا كان غائبا

غيبة سفر فاما اذا كان في المصر فانه لا يجوز بالاجماع لانه لا يعد غائبا وأبو سفيان لم يكن مسافرا فدل ان ذلك كان اعانة لا قضاء فان لم يكن القاضي عالما بالزوجية فسألت القاضي أن يسمع بينتها بالزوجية ويفرض على الغائب قال أبو يوسف لا يسمعها ولا يفرض وقال زفر يسمع ويفرض لها وتستدين عليه فاذا حضر الزوج وأنكر يأمرها باعادة البينة في وجهه فان فعلت نفذ الفرض وصحت الاستدانة وان لم يفعل لم ينفذ ولم يصح وجه قول زفر ان القاضي انما يسمع هذه البينة لا لاثبات النكاح على الغائب ليقال ان الغيبة تمنع من ذلك بل ليتوصل بها الى الفرض ويجوز سماع البينة في حق حكم دون حكم كشهادة رجل وامرأتين على السرقة وانها تقبل في حق المال ولا تقبل في حق القطع كذا ههنا تقبل هذه البينة في حق صحة الفرض لا في اثبات النكاح فاذا حضر وأنكر استعاد منها البينة فان أعادت نفذ الفرض وصحت الاستدانة عليه والا فلا والصحيح قول أبي يوسف لان البينة على أصل أصحابنا لا تسمع الا على خصم حاضر ولا خصم فلا تسمع وما ذكره زفران بينتها تقبل في حق صحة الفرض غير سديد لان صحة الفرض مبنية على ثبوت الزوجية فاذا لم يكن الى اثبات الزوجية بالبينة سبيل لعدم الخصم لم يصح فلا سبيل الى القبول في حق صحة الفرض ضرورة هذا اذا كان الزوج غائبا ولم يكن له مال حاضر فاما اذا كان له مال حاضر فان كان المال في يدها وهو من جنس النفقة فلها ان تنفق على نفسها منه بغير أمر القاضي لحديث أبي سفيان فلو طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة في ذلك المال وعلم القاضي بالزوجية وبالمال فرض لها النفقة لان لها أن تأخذه فتنفق على نفسها من غير فرض القاضي فلم يكن الفرض من القاضي في هذه الصورة قضاء بل كان اعانة لها على استيفاء حقها وان كان في يد مودعه أو مضارب به أو كان له دين على غيره فان كان صاحب اليد مقرا بالوديعة والزوجية أو كان من عليه الدين مقرا بالدين والزوجية أو كان القاضي عالما بذلك فرض لها في ذلك المال نفقتها في قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يفرض وجه قوله ان هذا قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر اذ المودع ليس بخصم عن الزوج وكذا المديون فلا يجوز ولنا ان صاحب اليد وهو المودع اذا أقر بالوديعة والزوجية أو أقر المديون بالدين والزوجية فقد أقر ان لها حق الاخذ والاستيفاء لان للزوجة أن تمد يدها الى مال زوجها فتأخذ كفايتها منه لحديث امرأة أبي سفيان فلم يكن القاضي فرض لها النفقة في ذلك المال قضاء بل كان اعانة لها على أخذ حقها وله على احياء زوجته فكان له ذلك وان جحد أحد الامرين ولا علم للقاضي به لم يسمع البينة ولم يفرض لان سماع البينة والفرض يكون قضاء على الغائب من غير خصم حاضر لانه ان أنكر الزوجية لا يمكنها اقامة البينة على الزوجية لان المودع ليس بخصم عنه في الزوجية وان انكر الوديعة أو الدين لا يمكنها اقامة البينة على الوديعة والدين لانها ليست بخصم عن زوجها في اثبات حقوقه فكان سماع البينة على ذلك قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وذلك غير جائز عندنا هذا اذا كانت الوديعة والدين من جنس النفقة بان كانت دراهم أو دنانير أو طعاما أو ثيابا من جنس كسوتها فاما اذا كان من جنس آخر فليس لها أن تتناول شيأ من ذلك وان طلبت من القاضي فرض النفقة فيه فان كان عقارا لا يفرض القاضي النفقة فيه بالاجماع لانه لا يمكن ايجاب النفقة فيه الا بالبيع ولا يباع العقار على الغائب في النفقة بالاتفاق وان كان منقولا من العروض فقد ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف فيه فقال القاضي لا يبيع العروض عليه في قول أبي حنيفة وعندهما انه يبيعها عليه وهي مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ وذكر القدوري المسئلة على الاتفاق فقال القاضي انما يبيع على أصلهما على الحاضر الممتنع عن قضاء الدين لكونه ظالما في الامتناع دفعا لظلمه والغائب لا يعلم امتناعه فلا يعلم ظلمه فلا يباع عليه واذا فرض القاضي لها النفقة في شيء من ذلك وأخذ منها كفيلا فهو حسن لاحتمال أن يحضر الزوج فيقيم البينة على طلاقها أو على ايفاء حقها في النفقة عاجلا فينبغي أن يستوثق فيما يعطيها بالكفالة ثم اذا رجع الزوج ينظر ان كان لم يعجل لها النفقة فقد مضى الامر وان كان قد عجل وأقام البينة على ذلك أو لم يقم له بينة واستحلفها فنكلت فهو بالخيار ان شاء أخذ من المرأة وان شاء أخذ من الكفيل

ولو أقرت المرأة انها كانت قد تعجلت النفقة من الزوج فان الزوج يأخذ منها ولا يأخذ من الكفيل لان الاقرار
حجة قاصرة فيظهر في حقها لا في حق الكفيل ولو طلبت الزوجة من الحاكم أن يدفع مهرها ونفقتها من الوديعة والدين
لم يفعل ذلك وان كان عالما بهما لان القضاء بالنفقة في الوديعة والدين كان نظرا للغائب لما في الانفاق من احياء
زوجته بدفع الهلاك عنها والظاهر انه يرضى بذلك وهذا المعنى لا يوجد في المهر والدين ولو كان الحاكم فرض لها
على الزوج النفقة قبل غيبته فطلبت من الحاكم أن يقضى لها بنفقة ماضية في الوديعة والدين قضى لها بذلك لانه لما
جاز القضاء بالنفقة في الوديعة والدين يستوى فيه الماضي والمستقبل لان طريق الجواز لا يختلف وكذلك اذا كان
للغائب مال حاضر وهو من جنس النفقة وله أولاد صغار فقراء وكبار ذكور زمنى فقراء أو اناث فقيرات ووالدان
فقيران فان كان المال في أيديهم فلهم أن ينفقوا منه على أنفسهم وان طلبوا من القاضي فرض النفقة منه فرض لان
الفرض منه يكون اعانة لا قضاء وان كان المال في يد مودعه أو كان دينا على انسان فرض القاضي نفقتهم منه وكذلك
اذا أقر المودع والمديون بالوديعة والدين والنسب أو علم القاضي بذلك لان نفقة الوالدين والمولودين تجب بطريق
الاحياء لان الانسان يرضى باحياء كله وجزئه من ماله ولهذا كان لاحدهما أن يمد يده الى مال الآخر عند الحاجة
و يأخذه من غير قضاء ولا رضا وقد تحققت الحاجة ههنا فكان للقاضي أن يفرض ذلك من طريق الاعانة لصاحب
الحق وان جحدهما أو أحدهما ولا علم للقاضي به لم يفرض لما ذكرنا في الزوجة ولا يفرض لغيرهما ولا من ذوى
الرحم المحرم نفقتهم في مال الغائب لان نفقتهم من طريق الصلة المحضة اذ ليس لهم حق في مال الغائب أصلا ألا ترى
انه ليس لاحد أن يمد يده الى مال صاحبه فيأخذه وان مست حاجته من غير قضاء القاضي فكان الفرض قضاء
على الغائب من غير خصم حاضر فلا يجوز وان لم يكن المال من جنس النفقة فليس لهم أن يبيعوا بأنفسهم وليس
للقاضي ان يبيع على الغائب في النفقة على هؤلاء العقار بالاجماع والحكم في العروض ما بينا من الاتفاق أو الاختلاف
وفي بيع الاب العروض خلاف نذكره في نفقة المحارم وأما يسار الزوج فليس بشرط لوجوب الفرض حتى لو
كان معسرا وطلبت المرأة الفرض من القاضي فرض عليه اذا كان حاضرا وتستدين عليه فتنفق على نفسها لان
الاعسار لا يمنع وجوب هذه النفقة فلا يمنع الفرض واذا طلبت المرأة من القاضي فرض النفقة على زوجها الحاضر
فان كان قبل النقلة وهي بحيث لا تمتنع من التسليم لو طالبها بالتسليم أو كان امتناعها بحق فرض القاضي لها اعانة لها على
الوصول الى حقها الواجب لوجود سبب الوجوب وشرطه وان كان بعد ما حولها الى منزله فزعمت انه ليس ينفق
عليها أو شكت التضييق في النفقة فلا ينبغي له أنه يعجل بالفرض ولكنه يأمره بالنفقة والتوسيع فيها لان ذلك من
باب الامساك بالمعروف وانه مأمور به ويتأنى في الفرض ويتولى الزوج الانفاق بنفسه قبل الفرض الى ان
يظهر ظلمه بالترك والتضييق في النفقة فحينئذ يفرض عليه نفقة كل شهر ويامره أن يدفع النفقة اليها لتنفق هي بنفسها
على نفسها ولو قالت أيها القاضي انه يريد أن يغيب فخذ لي منه كفيلا بالنفقة لا يجبره القاضي على اعطاء الكفيل لان
نفقة المستقبل غير واجبة للحال فلا يجبر على الكفيل بما ليس بواجب بحققه انه لا يجبر على التكفيل بدين واجب
فكيف بغير الواجب والى هذا أشار أبو حنيفة فقال لا أوجب عليه كفيلا بنفقة لم تجب لها بعد وقال أبو
يوسف أستحسن ان آخذ لها منه كفيلا بنفقة أشهر لانا نعلم بالعادة ان هذا القدر يجب في السفر لان السفر يمتد
الى شهر غالبا والجواب ان نفقة الشهر لا تجب قبل الشهر فكان تكفيلا بما ليس بواجب فلا يجبر عليه ولكن لو
أعطاها كفيلا جاز لان الكفالة بما يذوب على فلان جائزة وأما الثالث وهو بيان حكم صيرورة هذه النفقة دينا
في ذمة الزوج فنقول اذا فرض القاضي لها نفقة كل شهر أو تراضيا على ذلك ثم منعها الزوج قبل ذلك أشهرا غائبا
كان أو حاضرا فلها ان تطالبه بنفقة ما مضى لانها لما صارت دينا بالفرض أو التراضي صارت في استحقاق المطالبة
بها كسائر الديون بخلاف نفقة الاقارب اذا مضت المدة ولم تؤخذ انها تسقط لانها لا تصير دينا رأسا لان وجوبها

للكفاية وقد حصلت الكفاية فيما مضى فلا يبقى الواجب كما لو استغنى عنه فاما وجوب هذه النفقة فليس للكفاية وان كانت مقدرة بالكفاية ألا ترى انها تجب مع الاستغناء بان كانت موسرة وليس فى مضى الزمان الا الاستغناء فلا يمنع بقاء الواجب ولو أنفقت من مالها بعد الفرض أو التراضى فلها انه ترجع على الزوج لان النفقة صارت دينا عليه وكذلك اذا استدانت على الزوج لما قلنا سواء كانت استدانتها باذن القاضى أو بغير اذنه غير انها ان كانت بغير اذن القاضى كانت المطالبة عليها خاصة ولم يكن للغريم ان يطالب الزوج بما استدانت وان كانت باذن القاضى لها ان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالدين وهو فائدة اذن القاضى بالاستدانة ولو فرض الحاكم النفقة على الزوج فامتنع من دفعها وهو موسر وطلبت المرأة حبسه فلها ان تحبسه لان النفقة لما صارت دينا عليه بالقضاء صارت كسائر الديون الا انه لا ينبغى ان يحبسه فى أول مرة تقدم اليه بل يؤخر الحبس الى مجلسين أو ثلاثة يعظه فى كل مجلس يقدم اليه فان لم يدفع حبسه حينئذ كما فى سائر الديون لما نذكر فى كتاب الحبس ان شاء الله تعالى واذا حبس لاجل النفقة فما كان من جنس النفقة سلمه القاضى اليها بغير رضاه بالاجماع وما كان من خلاف الجنس لا يبيع عليه شيأ من ذلك ولكن يأمره أن يبيع بنفسه وكذا فى سائر الديون فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يبيع عليه وهى مسئلة الحجر على الحر العاقل البالغ نذكرها فى كتاب الحجر ان شاء الله تعالى فان ادعى الزوج انه قد أعطاها النفقة وأنكرت فالقول قولها مع يمينها لان الزوج يدعى قضاء دين عليه وهى منكرة فيكون القول قولها مع يمينها كما فى سائر الديون ولو أعطاها الزوج مالا فاختلفا فقال الزوج هو من المهر وقالت هى هو من النفقة فالقول قول الزوج الا ان تقيم المرأة البينة لان التمليك منه فكان هو أعرف بجهة التمليك كما لو بعث اليها شيأ فقالت هو هدية وقال هو من المهر ان القول فيه قوله الا فى الطعام الذى يؤكل لما قلنا كذا هذا ولو كان للزوج عليها دين فاحتسبت عن نفقتها جاز لكن برضا الزوج لان التقاص انما يقع بين الدينين المتماثلين ألا ترى انه لا يقع بين الجيد والردىء ودين الزوج أقوى بدليل انه لا يسقط بالموت ودين النفقة يسقط بالموت فاشبه الجيد بالردىء فلا بد من المقاصة بخلاف غيرها من الديون والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يسقطها بعد وجوبها وصيرورتها دينا فى ذمة الزوج فالمسقط لها بعد الوجوب قبل صيرورتها دينا فى الذمة واحد وهو مضى الزمان من غير فرض القاضى والتراضى وأما المسقط لها بعد صيرورتها دينا فى الذمة فأمور منها الابراء عن النفقة الماضية لانها لما صارت دينا فى ذمته كان الابراء اسقاط دين واجب فيصح كما فى سائر الديون ولو أبرأته عما يستقبل من النفقة المفروضة لم يصح الابراء لانها تجب شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فكان الابراء منها اسقاط الواجب قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب أيضا وهو حق الحبس لانه لا يتجدد بتجدد الزمان فلم يصح وكذا يصح هبة النفقة الماضية لان هبة الدين يكون ابراء عنه فيكون اسقاط دين واجب فيصح ولا تصح هبة ما يستقبل لما قلنا ومنها موت أحد الزوجين حتى لو مات الرجل قبل اعطاء النفقة لم يكن للمرأة أن تأخذها من ماله ولو ماتت المرأة لم يكن لورثتها أن يأخذوا لما ذكرنا انها تجرى مجرى الصلة والصلة تبطل بالموت قبل القبض كالهبة فان كان الزوج أسلفها نفقتها وكسوتها ثم مات قبل مضى ذلك الوقت لم ترجع ورثته عليها بشىء فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء كان قائما أو مستهلكا وكذلك لو ماتت هى لم يرجع الزوج فى تركتها عندهما وقال محمد لها حصة ما مضى من النفقة والكسوة وتجب رد الباقى ان كان قائما وان كان هالكا فلا شىء بالاجماع وروى ابن رستم عن محمد انها ان كانت قبضت نفقة شهر فما دونه لم يرجع عليها بشىء وان كان المفروض أكثر من ذلك يرفع عنها نفقة شهر وردت ما بقى وجه هذه الرواية ان الشهر فما دونه فى حكم القليل فصار كنفقة الحال وما زاد عليه فى حكم الكثير فيثبت به الرجوع كالدين وجه ظاهر قول محمد ان هذه النفقة تشبه الاعواض فتسلم لها بقدر ما سلم للزوج من المعوض كالاجارة اذا عجل المستأجر الاجرة ثم مات أحدهما

قبل تمام المدة وجه قوله ان هذه صلة اتصل بها القبض فلا يثبت فيها الرجوع بعد الموت كسائر الصلات المقبوضة وأما قوله انها تشبه الاعواض فنعم لكن بوصفها لا بأصلها بل هى صلة باصلها ألا ترى انها تسقط بالموت قبل القبض بلا خلاف بين أصحابنا لاعتبار معنى الصلة فيراعى فيها المعنيان جميعا فراعينا معنى الاصل بعد القبض فقلنا انها لا تبطل بالموت بعد القبض فلا يثبت فيها الرجوع اعتبارا للاصل وراعينا معنى الوصف قبل القبض فقلنا انها تبطل بالموت قبل القبض كالصلات وراعينا معنى الوصف بعد القبض فقلنا لا يثبت فيها الرجوع كالاعواض اعتبارا للاصل والوصف جميعا على ما هو الاصل فى العمل بالشبهين عند الامكان والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما نفقة الاقارب فالكلام فيها أيضا يقع فى المواضع التى ذكرناها فى نفقة الزوجات وهى بيان وجوب هذه النفقة وسبب وجوبها وشرط الوجوب ومقدار الواجب وكيفية الوجوب وما يسقطها بعد الوجوب أما الاول وهو بيان الوجوب فلا يمكن الوصول اليه الا بعد معرفة أنواع القرابات فنقول وبالله التوفيق القرابة فى الاصل نوعان قرابة الولاد وقرابة غير الولاد وقرابة غير الولاد نوعان أيضا قرابة محرمة للنكاح كالاخوة والعمومة والخؤولة وقرابة غير محرمة للنكاح كقرابة بنى الاعمام والاخوال والخالات ولا خلاف فى وجوب النفقة فى قرابة الولاد وأما نفقة الوالدين فلقوله عز وجل وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا أى أمر ربك وقضى أن لا تعبدوا الا اياه أمر سبحانه وتعالى ووصى بالوالدين احسانا والانفاق عليهما حال فقرهما من أحسن الاحسان وقوله عز وجل ووصينا الانسان بوالديه حسنا وقوله تعالى أن اشكر لى ولوالديك والشكر للوالدين هو المكافأة لهما أمر سبحانه وتعالى الولد أن يكافئ لهما ويجازى بعض ما كان منهما اليه من التربية والبر والعطف عليه والوقاية من كل شر ومكروه وذلك عند عجزهما عن القيام بأمر أنفسهما والحوائج لهما وادرار النفقة عليهما حال عجزهما وحاجتهما من باب شكر النعمة فكان واجبا وقوله عز وجل وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الوالدين الكافرين فالمسلمان أولى والانفاق عليهما عند الحاجة من أعرف المعروف وقوله عز وجل ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وانه كناية عن كلام فيه ضرب ايذاء ومعلوم أن معنى التأذى بترك الانفاق عليهما عند عجزهما وقدرة الولد أكثر فكان النهى عن التأفيف نهيا عن ترك الانفاق دلالة كما كان نهيا عن الشتم والضرب دلالة وروى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه ابوه فقال يا رسول الله ان لى مالا وان لى أبا وله مال وان أبى يريد أن يأخذ مالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك أضاف مال الابن الى الاب بلام التمليك وظاهره يقتضى أن يكون للاب فى مال ابنه حقيقة الملك فان لم تثبت الحقيقة فلا أقل من أن يثبت له حق التمليك عند الحاجة وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فكلوا من كسب أولادكم اذا احتجتم اليه بالمعروف والحديث حجة باوله وآخره أما بآخره فظاهر لانه صلى الله عليه وسلم أطلق للاب الاكل من كسب ولده اذا احتاج اليه مطلقا عن شرط الاذن والعوض فوجب القول به وأما باوله فلان معنى قوله وان ولده من كسبه أى كسب ولده من كسبه لانه جعل كسب الرجل أطيب المأكول والمأكول كسبه لا نفسه واذا كان كسب ولده كسبه كانت نفقته فيه لان نفقة الانسان فى كسبه ولان ولده لما كان من كسبه كان كسب ولده ككسبه وكسب كسب الانسان كسبه ككسب عبده المأذون فكانت نفقته فيه وأما نفقة الولد فلقوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الى قوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن أى رزق الوالدات المرضعات فان كان المراد من الوالدات المرضعات المطلقات المنقضيات العدة ففيها ايجاب نفقة الرضاع على المولود له وهو الاب لاجل الولد كما فى قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وان كان المراد منهن المنكوحات أو المطلقات المعتدات فانما ذكر النفقة والكسوة فى حال الرضاع وان كانت المرأة تستوجب ذلك من غير ولد لانها تحتاج الى فضل اطعام وفضل كسوة لمكان الرضاع ألا ترى أن لها أن تفطر لاجل الرضاع اذا كانت صائمة لزيادة حاجتها الى الطعام بسبب

الولد

الولد ولان الانفاق عند الحاجة من باب احياء المنفق عليه والولد جزء الوالد واحياء نفسه واجب كذا احياء جزئه واعتبار هذا المعنى يوجب النفقة من الجانبين ولان هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع بالاجماع والانفاق من باب الصلة فكان واجبا وتركه مع القدرة للمنفق وتحقق حاجة المنفق عليه يؤدى الى القطع فكان حراما واختلف فى وجوبها فى القرابة المحرمة للنكاح سوى قرابة الولادة قال أصحابنا تجب وقال مالك والشافعى لا تجب غير أن مالكا يقول لا نفقة الا على الاب للابن والابن للاب حتى قال لا نفقة على الجد لابن الابن ولا على ابن الابن للجد وقال الشافعى تجب على الوالدين والمولودين والكلام فى هذه المسئلة بناء على أن هذه القرابة مفترضة الوصل محرمة القطع عندنا خلافا لهما وعلى هذا ينبنى العتق عند الملك ووجوب القطع بالسرقة وهى من مسائل العتاق نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ثم الكلام فى المسئلة على سبيل الابتداء احتج الشافعى فقال ان الله تعالى أوجب النفقة على الاب لا غير بقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف فمن كان مثل حاله فى القرب يلحق به والا فلا ولا يقال ان الله تعالى قال وعلى الوارث مثل ذلك لان ابن عباس رضى الله عنه صرف قوله ذلك ترك المضارة لا الى النفقة والكسوة فكان معناه لا يضار الوارث باليتيم كما لا تضار الوالدة والمولود له بولدهما ولنا قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وروى عن عمر بن الخطاب وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وجماعة من التابعين أنه معطوف على النفقة والكسوة لا غير لا على ترك المضارة معناه وعلى الوارث مثل ما على المولود له من النفقة والكسوة ومصداق هذا التأويل أنه لو جعل عطفا على هذا لكان عطف الاسم على الاسم وانه شائع ولو عطف على ترك المضارة لكان عطف الاسم على الفعل فكان الاول أولى ولانه لو جعل عطفا على قوله لا تضار لكان من حق الكلام أن يقول والوارث مثل ذلك وجماعة من أهل التأويل عطفوا على الكل من النفقة والكسوة وترك المضارة لان الكلام كله معطوف بعضه على بعض بحرف الواو وانه حرف جمع فيصير الكل مذكورا فى حالة واحدة فينصرف قوله ذلك الى الكل أى على الوارث مثل ذلك من النفقة والكسوة وانه لا يضارها ولا تضاره فى النفقة وغيرها وبه تبين رجحان هذين التأويلين على تأويل ابن عباس رضى الله عنهما على أن ما قاله ابن عباس ومن تابعه لا ينفى وجوب النفقة على الوارث بل يوجب لان قوله تعالى لا تضار والدة بولدها نهى سبحانه وتعالى عن المضارة مطلقا فى النفقة وغيرها فاذا كان معنى اضرار الوالد الوالدة بولدها بترك الانفاق عليها أو بانتزاع الولد منها وقد أمر الوارث بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك أنه لا يضارها فانما يرجع ذلك الى مثل ما لزم الاب وذلك يقتضى أن يجب على الوارث أن يسترضع الوالدة باجرة مثلها ولا يخرج الولد من يدها الى يد غيرها اضرارا بها واذا ثبت هذا فظاهر الآية يقتضى وجوب النفقة والكسوة على كل وارث أو على مطلق الوارث الا من خص أو قيد بدليل وأما القرابة التى ليست بمحرمة للنكاح فلا نفقة فيها عند عامة العلماء خلافا لابن أبى ليلى واحتج بظاهر قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك من غير فصل بين وارث ووارث وانا نقول المراد من الوارث الاقارب الذى له رحم محرم لا مطلق الوارث عرفنا ذلك بقراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ولان وجوبها فى القرآن العظيم معلولا بكونها صلة الرحم صيانة لها عن القطيعة فيختص وجوبها بقرابة يجب وصلها ويحرم قطعها ولم توجد فلا تجب ولهذا لا يثبت العتق عند الملك ولا يحرم النكاح ولا يمنع وجوب القطع بالسرقة والله الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما سبب وجوب هذه النفقة اما نفقة الولادة فسبب وجوبها هو الولادة لان به تثبت الجزئية والبعضية والانفاق على المحتاج احياء له ويجب على الانسان احياء كله وجزئه وان شئت قلت سبب نفقة الاقارب فى الولاد وغيرها من الرحم المحرم هو القرابة المحرمة للقطع لانه اذا حرم قطعها يحرم كل سبب مفض الى القطع وترك الانفاق من ذى الرحم المحرم مع قدرته وحاجة المنفق عليه تفضى الى قطع الرحم فيحرم الترك واذا حرم الترك وجب الفعل ضرورة واذا عرف هذا فنقول الحال فى القرابة الموجبة للنفقة لا يخلو اما ان كانت حال الانفراد واما ان كانت حال

الاجتماع فان كانت حال الانفراد بان لم يكن هناك ممن تجب عليه النفقة الا واحد تجب كل النفقة عليه عند استجماع شرائط الوجوب لوجود سبب وجوب كل النفقة عليه وهو الولاد والرحم المحرم وشرطه من غير مزاحم وان كانت حال الاجتماع فالاصل أنه متى اجتمع الاقرب والابعد فالنفقة على الاقرب فى قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم فان استويا فى القرب ففى قرابة الولاد يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد فى حقه نوع رجحان فلا تنقسم النفقة عليهما على قدر الميراث وان كان كل واحد منهما وارثا وان لم يوجد الترجيح فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما وأما فى غيرها من الرحم المحرم فان كان الوارث أحدهما والآخر محجوبا فالنفقة على الوارث ويرجح بكونه وارثا وان كان كل واحد منهما وارثا فالنفقة عليهما على قدر الميراث وانما كان كذلك لان النفقة فى قرابة الولاد تجب بحق الولادة لا بحق الوراثة قال الله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف علق سبحانه وتعالى وجوبها باسم الولادة وفى غيرها من الرحم المحرم تجب بحق الوراثة لقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك علق سبحانه وتعالى الاستحقاق بالارث فتجب بقدر الميراث ولهذا قال أصحابنا ان من أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولو أوصى لولد فلان كان الذكر والانثى فيه سواء فدل به ما ذكرنا وبيان هذا الاصل اذا كان له ابن وابن ابن فالنفقة على الابن لانه أقرب ولو كان الابن معسرا وابن الابن موسرا فالنفقة على الابن أيضا اذا لم يكن زمنا لانه هو الاقرب ولا سبيل الى ايجاب النفقة على الابعد مع قيام الاقرب الا ان القاضى يأمر ابن الابن بانه يؤدى عنه على ان يرجع عليه اذا أيسر فيصير الابعد نائبا عن الاقرب فى الاداء ولو أدى بغير أمر القاضى لم يرجع ولو كان له أب وجد فالنفقة على الاب لا على الجد لان الاب أقرب ولو كان الاب معسرا والجد موسرا فنفقته على الاب أيضا اذا لم يكن زمنا لكن يؤمر الجد بان ينفق ثم يرجع على الاب اذا أيسر ولو كان له أب وابن ابن فنفقته على الاب لانه أقرب الا انه اذا كان الاب معسرا غير زمن وابن الابن موسرا فانه يؤدى عن الاب بامر القاضى ثم يرجع عليه اذا أيسر ولو كان له أب وابن فنفقته على الابن لا على الاب وان استويا فى القرب والوراثة ويرجح الابن بالايجاب عليه لكونه كسب الاب فيكون له حقا فى كسبه وكون ماله مضافا اليه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولا يشارك الولد فى نفقة والده أحد لما قلنا وكذا فى نفقة والدته لعدم المشاركة فى السبب وهو الولادة والاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم وكذا لا يشارك الانسان أحد فى نفقة جده وجدته عند عدم الاب والام لان الجد يقوم مقام الاب عند عدمه والجدة تقوم مقام الام عند عدمها ولو كان له ابنان فنفقته عليهما على السواء وكذا اذا كان له ابن وبنت ولا يفضل الذكر على الانثى فى النفقة لاستوائهما فى سبب الوجوب وهو الولاد ولو كان له بنت وأخت فالنفقة على البنت لان الولاد لها وهذا يدل على ان النفقة لا تعتبر بالميراث لان الاخت ترث مع البنت ولا نفقة عليها مع البنت ولا تجب على الابن نفقة منكوحة أبيه لانها أجنبية عنه الا ان يكون الاب محتاجا الى من يخدمه فحينئذ يجب عليه نفقة امرأته لانه يؤمر بخدمة الاب بنفسه أو بالاجير ولو كان للصغير أبوان فنفقته على الاب لا على الام بالاجماع وان استويا فى القرب والولاد ولا يشارك الاب فى نفقة ولده أحد لان الله تعالى خص الاب بتسميته بكونه مولودا له وأضاف الولد اليه بلام الملك وخصه بايجاب نفقة الولد الصغير عليه بقوله وعلى المولود له رزقهن أى رزق الوالدات المرضعات سمى الام والدة والاب مولودا له وقال عز وجل فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن خص سبحانه وتعالى الاب بايتاء أجر الرضاع بعد الطلاق وكذا أوجب فى الآيتين كل نفقة الرضاع على الاب لولده الصغير وليس وراء الكل شىء ولا يقال ان الله عز وجل قال وعلى المولود له رزقهن ثم قال وعلى الوارث مثل ذلك والام وارثة فيقتضى ان تشارك فى النفقة كسائر الورثة من ذوى الرحم المحرم وكمن قال أوصيت لفلان من مالى بألف درهم وأوصيت لفلان مثل ذلك ولم تخرج الوصيتان من الثلث أنهما يشتركان فيه كذا هذا لانا نقول لما جعل الله عز وجل كل النفقة على الاب بقوله وعلى المولود له رزقهن تعذر ايجابها على الام

حال

حال قيام الاب فيحمل على حال عدمه ليكون عملا بالنص من كل وجه فى الحالين ولم يوجد مثل هذا فى سائر ذوى الرحم المحرم وفى باب الوصية لا يمكن العمل بكل واحدة من الوصيتين فى حالين وقد ضاق المحل عن قبولهما فى حالة واحدة فلزم القول بالشركة ضرورة ولو كان الاب معسرا غير عاجز عن الكسب والام موسرة فالنفقة على الاب لكن تؤمر الام بالنفقة ثم ترجع بها على الاب اذا أيسر لانها تصير دينا فى ذمته اذا أنفقت بامر القاضى ولو كان للصغير أب وأم أم فالنفقة على الاب والحضانة على الجدة لان الام لما لم تشارك الاب فى نفقة ولده الصغير مع قربها فالجدة مع بعدها أولى هذا اذا كان الولد صغيرا فقيرا وله أبوان موسران فاما اذا كان كبيرا وهو ذكر فقير عاجز عن الكسب فقد ذكر فى كتاب النكاح ان نفقته أيضا على الاب خاصة وذكر الخصاف انه على الاب والام أثلاثا ثلثاها على الاب وثلثها على الام وجه ماذكره الخصاف ان الاب انما خص بايجاب النفقة عليه لابنه الصغير لاختصاصه بالولاية وقد زالت ولايته بالبلوغ فيزول الاختصاص فتجب عليهما على قدر ميراثهما وجه رواية كتاب النكاح ان تخصيص الاب بالايجاب حال الصغر لاختصاصه بتسميته بكونه مولودا له وهذا ثابت بعد الكبر فيختص بنفقته كالصغير واعتبار الولاية والارث فى هذه النفقة غير سديد لانها تجب مع اختلاف الدين ولا ولاية ولا ارث عند اختلاف الدين ولا يشارك الجد أحد فى نفقة ولد ولده عند عدم ولده لانه يقوم مقام ولده عند عدمه ولا يشارك الزوج فى نفقة زوجته أحد لانه لا يشاركه أحد فى سبب وجوبها وهو حق الحبس الثابت بالنكاح حتى لو كان لها زوج معسر وابن موسر من غير هذا الزوج او أب موسر أو أخ موسر فنفقتها على الزوج لا على الاب والابن والاخ لكن يؤمر الاب أو الابن أو الاخ بان ينفق عليها ثم يرجع على الزوج اذا أيسر ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لانهما فى القرابة والوراثة سواء ولا ترجيح لاحدهما على الآخر من وجه آخر فكانت النفقة عليهما على قدر الميراث السدس على الجد والباقى على ابن الابن كالميراث ولو كان له أم وجد كانت النفقة عليهما أثلاثا الثلث على الام والثلثان على الجد على قدر ميراثهما وكذلك اذا كان له أم وأخ لاب وأم أو لاب أو ابن أخ لاب وأم أو لاب أو عم لاب وأم أو لاب كانت النفقة عليهما أثلاثا ثلثها على الام والثلثان على الاخ وابن الاخ والعم وكذلك اذا كان له أخ لاب وأم وأخت لاب وأم كانت النفقة عليهما أثلاثا على قدر ميراثهما ولو كان له أخ لاب وأم وأخ لام فالنفقة عليهما أسداسا سدسها على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ولو كان له جد وجدة كانت النفقة عليهما أسداسا على قدر الميراث ولو كان له عم وخال فالنفقة على العم لانهما استويا فى القرابة المحرمة للقطع والعم هو الوارث فيرجح بكونه وارثا وكذلك لو كان له عم وخال لما قلنا ولو كان له عمة وخالة أو خال فالنفقة عليهما أثلاثا ثلثاها على العمة والثلث على الخال أو الخالة ولو كان له خال وابن عم فالنفقة على الخال لا على ابن العم لانهما ما استويا فى سبب الوجوب وهو الرحم المحرم للقطع اذ الخال هو ذو الرحم المحرم واستحقاق الميراث للترجيح والترجيح يكون بعد الاستواء فى ركن العلة ولم يوجد ولو كان له عمة وخالة وابن عم فعلى الخالة الثلث وعلى العمة الثلثان لاستوائهما فى سبب استحقاق الارث فيكون النفقة بينهما على قدر الميراث ولا شئ على ابن العم لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه وهو القرابة المحرمة للقطع ولو كان له ثلاث اخوات متفرقات وابن عم فالنفقة على الاخوات على خمسة أسهم ثلاثة أسهم على الاخت لاب وأم وسهم على الاخت لام وسهم على الاخت لاب على قدر الميراث ولا يعتد بابن العم فى النفقة لانعدام سبب الاستحقاق فى حقه فيلحق بالعدم كانه ليس له الا الاخوات وميراثه لهن على خمسة أسهم كذا النفقة عليهن ولو كان له ثلاثة اخوة متفرقين فالنفقة على الاخ للاب والام وعلى الاخ للام على قدر الميراث أسداسا لان الاخ لاب لا يرث معهما فيلحق بالعدم ولو كان له عم وعمة وخالة فالنفقة على العم لان العم مساو لهما فى سبب الاستحقاق وهو الرحم المحرم وفضلهما بكونه وارثا اذ الميراث له لا لهما فكانت النفقة عليه لا عليهما وان كان العم معسرا فالنفقة عليهما لانه يجعل كالميت والاصل فى هذا ان كل من كان يحوز جميع الميراث

وهو معسر يجعل كالميت واذا جعل كالميت كانت النفقة على الباقين على قدر مواريثهم وكل من كان يحوز بعض الميراث لا يجعل كالميت فكانت النفقة على قدر مواريث من يرث معه بيان هذا الاصل رجل معسر عاجز عن الكسب وله ابن معسر عاجز عن الكسب أو هو صغير وله ثلاثة اخوة متفرقين فنفقة الاب على أخيه لابيه وأمه وعلى أخيه لامه أسداسا سدس النفقة على الاخ لام وخمسة أسداسها على الاخ لاب وأم ونفقة الولد على الاخ لاب وأم خاصة لان الاب يحوز جميع الميراث فيجعل كالميت فيكون نفقة الاب على الاخوين على قدر ميراثهما منه وميراثهما من الاب هذا فأما الابن فوارثه العم لاب وأم لا العم لاب ولا العم لام فكانت نفقته على عمه لاب وأم ولو كان للرجل ثلاث أخوات متفرقات كانت نفقته عليهن اخماسا ثلاثة اخماسها على الاخت لاب وأم وخمس على الاخت لاب وخمس على الاخت لام على قدر مواريثهن ونفقة الابن على عمته لاب وأم لانها هى الوارثة منه لا غير ولو كان مكان الابن بنت والمسئلة بحالها فنفقة الاب فى الاخوة المتفرقين على أخيه لابيه وأمه وفى الاخوات المتفرقات على أخته لابيه وأمه لان البنت لا تحوز جميع الميراث فلا حاجة الى أن تجعل كالميتة فكان الوارث معها الاخ للاب والام لا غير والاخت لاب وأم لا غير لان الاخ والاخت لام لا يرثان مع الولد والاخ لاب لا يرث مع الاخ لاب وأم والاخت لاب لا ترث مع البنت والاخت لاب وأم لان الاخوات مع البنات عصبة وفى العصبات تقدم الاقرب فالاقرب فكانت النفقة عليهما وكذلك نفقة البنت على العم لاب وأم أو على العمة لاب وأم لانهما وارثاها بخلاف الفصل الاول لان هناك لا يمكن الايجاب للنفقة على الاخوة والاخوات الا بجعل الابن كالميت لانه يحوز جميع الميراث فمست الحاجة الى أن يجعل ميتا حكما ولو كان الابن ميتا كان ميراث الاب للاخ لاب وأم وللاخ لام اسداسا وللاخوات اخماسا فكذا النفقة وعلى هذا الاصل مسائل

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط وجوب هذه النفقة فانواع بعضها يرجع الى المنفق عليه خاصة وبعضها يرجع الى المنفق خاصة وبعضها يرجع اليهما وبعضها يرجع الى غيرهما أما الذى يرجع الى المنفق عليه خاصة فانواع ثلاثة احدها اعساره فلا تجب لموسر على غيره نفقة فى قرابة الولاد وغيرها من الرحم المحرم لان وجوبها معلول بحاجة المنفق عليه فلا تجب لغير المحتاج ولانه اذا كان غنيا لا يكون هو بايجاب النفقة له على غيره أولى من الايجاب لغيره عليه فيقع التعارض فيمتنع الوجوب بل اذا كان مستغنيا بماله كان ايجاب النفقة فى ماله أولى من ايجابها فى مال غيره بخلاف نفقة الزوجات انها تجب للزوجة الموسرة لان وجوب تلك النفقة لا يتبع الحاجة بل لها شبه بالاعواض فيستوى فيها المعسرة والموسرة كثمن البيع والمهر واختلف فى حد المعسر الذى يستحق النفقة قيل هو الذى يحل له أخذ الصدقة ولا تجب عليه الزكاة وقيل هو المحتاج ولو كان له منزل وخادم هل يستحق النفقة على قريبه الموسر فيه اختلاف الرواية فى رواية لا يستحق حتى لو كان أختا لا يؤمر الاخ بالانفاق عليها وكذلك اذا كانت بنتا له أو أما وفى رواية يستحق وجه الرواية الاولى ان النفقة لا تجب لغير المحتاج وهؤلاء غير محتاجين لانه يمكن الاكتفاء بالادنى بان يبيع بعض المنزل أو كله ويكترى منزلا فيسكن بالكراء أو يبيع الخادم وجه الرواية الاخرى أن بيع المنزل لا يقع الا نادرا وكذا لا يمكن لكل أحد السكنى بالكراء أو بالمنزل المشترك وهذا هو الصواب أن لا يؤمر أحد ببيع الدار بل يؤمر القريب بالانفاق عليه ألا ترى انه تحل الصدقة لهؤلاء ولا يؤمرون ببيع المنزل ثم الولد الصغير اذا كان له مال حتى كانت نفقته فى ماله لا على الاب وان كان الاب موسرا فان كان المال حاضرا فى يد الاب أنفق منه عليه وينبغى أن يشهد على ذلك اذ لو لم يشهد فمن الجائز أن ينكر الصبى اذا بلغ فيقول للاب انك أنفقت من مال نفسك لا من مالى فيصدقه القاضى لان الظاهر ان الرجل الموسر ينفق على ولده من مال نفسه وان كان لولده مال فكان الظاهر شاهدا للولد فيبطل حق الاب وان كان المال غائبا ينفق من مال نفسه بامر القاضى اياه بالانفاق ليرجع أو يشهد على انه ينفق من مال نفسه ليرجع به فى مال ولده ثم يمكنه الرجوع لما ذكرنا ان الظاهر ان الانسان يتبرع بالانفاق من مال نفسه على ولده فاذا أمره القاضى بالانفاق من ماله ليرجع أو أشهد

على

على انه ينفق ليرجع فقد بطل الظاهر وتبين انه انما أنفق من ماله على طريق القرض وهو يملك اقراض ماله من الصبي فيمكنه الرجوع وهـذا في القضاء فأما فيما بينه و بين الله تعالى فيسعه أن يرجع من غير أمر القاضي والاشهاد بعـد أن نوى بقلبه أنه ينفق ليرجع لانه اذا نوى صار ذلك دينا على الصغير وهو يملك اثبات الدين عليه لانه يملك اقراض ماله منه والله عز وجل عالم بنيته فجاز له الرجوع فيما بينه و بين الله تعالى والله أعلم والثاني عجزه عن الـكسب بان كان به زمانة أو قعد او فلج أو عمى أو جنون أو كان مقطوع اليدين أو أشلهما أو مقطوع الرجلين أو مفقوء العينين أو غـير ذلك من العوارض التي تمنع الانسان من الاكتساب حتى لو كان صحيحا مكتسبا لا يقضى له بالنفـقة على غـيره وان كان معسرا الا للاب خاصة والجد عند عدمه فانه يقضى بنفقة الاب وان كان قادرا على الـكسب بعد أن كان معسرا على ولده الموسر وكذا نفقة الجـد على ولد ولده اذا كان موسرا وانما كان كذلك لان المنفق عليـه اذا كان قادرا على الـكسب كان مسـتغنى بكسبه فكان غناه بكسبه كغناه بماله فـلا تجب نفقته عـلى غيره الا الولد لان الشرع نهى الولد عن الحاق أدنى الاذى بالوالدين وهو التأفيف بقوله عز وجـل ولا تقل لهما أف ومعـنى الاذى في الزام الاب الـكسب مع غنى الولد أكثر فكان أولى بالنهي ولم يوجـد ذلك في الابن ولهـذا لا يحبس الرجـل بدين ابنـه ويحبس بدين أبيه ولان الشرع أضاف مال الابن الى الاب بلام الملك فكان ماله كماله وكذا هو كسب كسبه فكان ككسبه فكانت نفقته فيه والثالث ان الطلب والخصومة بين يدي القاضي في أحد نوعي النفقة وهي نفقة غير الولاد فلا تجب بدونه لانها لا تجب بدون قضاء القاضي والقضاء لا بد له من الطلب والخصومة وأما الذي يرجع الى المنفق خاصة فيسار في قرابة غـير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب على غير الموسر في هذه القرابة نفقة وان كان قادرا على الـكسب لان وجوب هـذه النفقة من طريق الصـلة والصلات تجب على الاغنياء لا على الفـقراء واذا كان يسار المنفق شرط وجوب النفقة عليه في قرابة ذي الرحم فلا بد من معرفـة حد اليسار الذي يتعلق به وجوب هـذه النفقة روى عن أبي يوسف فيه انه اعتـبر نصاب الزكاة قال ابن سماعة في نوادره سمعت أبا يوسف قال لا أجبر على نفقة ذي الرحم المحرم من لم يكن معه ما تجب فيه الزكاة ولو كان معه مائتا درهم الا درهما وليس له عيال وله أخت محتاجـة لم أجـبره على نفقتها وان كان يعمل بيده ويكتسب في الشهر خمسين درهما وروى هشام عن محمد انه قال اذا كان له نفقة شهر وعنده فضل عن نفقة شهر له ولعياله أجبره على نفقة ذي الرحم المحرم قال محمد وأما من لا شيء له وهو يكتسب كل يوم درهما يكتفي منـه بأربعة دوانيق فانه يرفع لنفسـه ولعياله ما يتسع به وينفق فضـله على من يجـبر على نفقته وجه رواية هشام عن محمد ان من كان عنده كفاية شهر فما زاد عليها فهو غني عنـه في الحال والشهر يتسع للاكتساب فكان عليـه صرف الزيادة الى أقاربه وجه قول أبي يوسف ان نفقة ذي الرحم صلة والصلات انما تجب على الاغنياء كالصدقة وحد الغنى في الشريعـة ما تجب فيه الزكاة وما قاله محمد أوفق وهو انه اذا كان له كسب دائم وهو غير محتاج الى جميعه فما زاد على كفايته يجب صرفه الى أقاربه كفضل ماله اذا كان له مال ولا يعتبر النصاب لان النصاب انما يعتبر في وجوب حقوق الله تعالى المالية والنفقة حق العبـد فلا معنى للاعتبار بالنصاب فيها وانما يعتبر فيها امكان الاداء ولو طلب الفقـير العاجز عن الـكسب من ذي الرحم المحرم منـه نفقة فقال أنا فقـير وادعى هو انه غني فالقول قول المطلوب لان الاصـل هو الفقر والغنى عارض فكان الظاهر شاهدا له فمحمد يحتاج الى الفرق بينه و بين نفقـة الزوجات والفرق له ان الاقـدام على النكاح دليـل القـدرة فبطلت شهادة الظاهر وأما قرابة الولاد فينظر ان كان المنفق هو الاب فلا يشترط يساره لوجوب النفقة عليه بل قدرته على الـكسب كافيـة حتى تجب عليه النفقـة على أولاده الصغار والكبار الذكور الزمنى الفقراء والاناث الفقيرات وان كن صحيحات وان كان معسرا بعد أن كان قادرا على الـكسب لان الانفاق عليهم عند حاجتهم وعجزهم عن الـكسب احياؤهم واحياؤهم احياء نفسه لقيام الجزئية والعصبية واحياء نفسـه واجب ولو كان لهم جـد موسر لم تفرض النفقة على الجد ولـكن يؤمر

الجد بالانفاق عليهم عند حاجتهم ثم يرجع به على ابنه لان النفقة لا تجب على الجد مع وجود الاب اذا كان الاب قادرا على الكسب ألا ترى انه لا يجب عليه نفقة ابنه فنفقة أولاده أولى وان لم يكن الاب قادرا على الكسب بان كان زمنا قضى بنفقتهم على الجد لان عليه نفقة أبيهم فكذا نفقتهم وروى عن أبي يوسف انه قال فى صغير له والد محتاج وهو زمن فرضت نفقته على قرابته من قبل أبيه دون قرابته من قبل أمه كل من أجبرته على نفقة الاب أجبرته على نفقة الغلام اذا كان زمنا لان الاب اذا كان زمنا كانت نفقته على قرابته فكذا نفقة ولده لانه جزؤه قال فان لم يكن له قرابة من قبل أبيه قضيت بنفقته على أبيه وأمرت الخال أن ينفق عليه ويكون ذلك دينا على الاب ووجه الفرق بين قرابة الاب وقرابة الام ان قرابة الاب تجب عليهم نفقة الاب اذا كان زمنا فكذا نفقة ولده الصغير فاما قرابة الام فلا يجب عليهم نفقة الاب ولا نفقة الولد لان الاب لا يشاركه أحد فى نفقة ولده وان كان المنفق هو الابن وهو معسر مكتسب ينظر فى كسبه فان كان فيه فضل عن قوته يجبر على الانفاق على الاب من الفضل لانه قادر على احيائه من غير خلل يرجع اليه وان كان لا يفضل من كسبه شئ يؤمر فيما بينه وبين الله عز وجل ان يواسى أباه اذ لا يحسن أن يترك أباه ضائعا جائعا يتكفف الناس وله كسب وهل يجبر على ان ينفق عليه وتفرض عليه النفقة اذا طلب الاب الفرض أو يدخل عليه فى النفقة اذا طلب الاب ذلك قال عامة الفقهاء انه لا يجبر على ذلك وقال بعضهم يجبر عليه واحتجوا بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لو أصاب الناس السنة لادخلت على أهل كل بيت مثلهم فان الناس لم يهلكوا على أنصاف بطونهم وقال النبى صلى الله عليه وسلم طعام الواحد يكفى الاثنين وجه قول العامة ان الجبر على الانفاق والاشراك فى نفقة الولد المعسر يؤدى الى العجز عن الكسب لان الكسب لا يقوم الا بكمال القوة وكمال القوة بكمال الغذاء فلو جعلناه نصفين لم يقدر على الكسب وفيه خوف هلاكهم جميعا وذكر فى الكتاب أرأيت لو كان الابن يأكل من طعام رجل غنى يعطيه كل يوم رغيفا أو رغيفين أيؤمر الابن ان يعطى أحدهما أباه قال لا يؤمر به ولو قال الاب للقاضى ان ابنى هذا يقدر على ان يكتسب ما يفضل عن كسبه ثم ينفق على لكنه يدع الكسب عمدا يقصد بذلك عقوقى ينظر القاضى فى ذلك فان كان الاب صادقا فى مقالته أمر الابن بان يكتسب فينفق على أبيه وان لم يكن صادقا بان علم انه غير قادر على الاكتساب زيادة تركه هذا اذا كان الولد واحدا فان كان له أولاد صغار وزوجة ولا يفضل من كسبه شئ ينفق على أبيه فطلب الاب من القاضى أن يدخله فى النفقة على عياله يدخله القاضى ههنا لان ادخال الواحد على الجماعة لا يخل بطعامهم خللا بينا بخلاف ادخال الواحد على الواحد هذا اذا لم يكن الاب عاجزا عن الكسب فاما اذا كان عاجزا عنه بان كان زمنا يشارك الابن فى قوته ويدخل عليه فيأكل معه وان لم يكن له عيال لانه ليس فى المشاركة خوف الهلاك وفى ترك المشاركة خوف هلاك الاب فتجب المشاركة وكذلك الام اذا كانت فقيرة تدخل على ابنها فتأكل معه لكن لا يفرض لهما عليه نفقة على حدة والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع اليهما جميعا فنوعان أحدهما اتحاد الدين فى غير قرابة الولاد من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين المسلم والكافر فى هذه القرابة فاما فى قرابة الولاد فاتحاد الدين فيها ليس بشرط فيجب على المسلم نفقة آبائه وأمهاته من أهل الذمة ويجب على الذمى نفقة أولاده الصغار الذين أعطى لهم حكم الاسلام باسلام أمهم ونفقة أولاده الكبار المسلمين الذين هم من أهل استحقاق النفقة على ما نذكره ووجه الفرق من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة على طريق الصلة ولا تجب صلة رحم غير الوالدين عند اختلاف الدين وتجب صلة رحم الوالدين مع اختلاف الدين بدليل انه يجوز للمسلم ان يبتدئ بقتل أخيه الحربى ولا يجوز له أن يبتدئ بقتل أبيه الحربى وقد قال سبحانه فى الوالدين الكافرين وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولم يرد مثله فى غير الوالدين والثانى ان وجوب النفقة فى قرابة الولاد بحق الولادة لما ذكرنا ان الولادة توجب الجزئية والبعضية بين الوالد والولد وذا لا يختلف باختلاف الدين فلا يختلف الحكم المتعلق به والوجوب فى غيرهم من الرحم المحرم بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدين

فلا نفقة ولو كان للمسلم ابنان أحدهما مسلم والآخر ذمى فنفقته عليهما على السواء لما ذكرنا ان نفقة الولادة لا تختلف باختلاف الدين والثانى اتحاد الدار فى غير قرابة الولادة من الرحم المحرم فلا تجرى النفقة بين الذمى الذى فى دار الاسلام و بين الحربى فى دار الحرب لاختلاف الدارين ولا بين الذمى والحربى المستأمن فى دار الاسلام لان الحربى وان كان مستأمنا فى دار الاسلام فهو من أهل الحرب وانما دخل دار الاسلام لحوائج يقضيها ثم يعود ألا ترى ان الامام يمكنه من الرجوع الى دار الحرب ولا يمكنه من اطالة الاقامة فى دار الاسلام فاختلف الداران وكذا لا نفقة بين المسلم المتوطن فى دار الاسلام و بين الحربى الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا لاختلاف الدارين وهذا ليس بشرط فى قرابة الولاد والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان وجوب هذه النفقة فى هذه القرابة بطريق الصلة ولا تجب هذه الصلة عند اختلاف الدارين وتجب فى قرابة الولاد والثانى ان الوجوب ههنا بحق الوراثة ولا وراثة عند اختلاف الدارين والوجوب هناك بحق الولادة وانه لا يختلف وأما الذى يرجع الى غيرهما فقضاء القاضى فى أحد نوعى النفقة وهى نفقة غير الولاد من الرحم المحرم فلا تجب هذه النفقة من غير قضاء القاضى ولا يشترط ذلك فى نفقة الولاد حتى تجب من غير قضاء كما تجب نفقة الزوجات ووجه الفرق ان نفقة الولاد تجب بطريق الاحياء لما فيها من دفع الهلاك لتحقق معنى الجزئية والبعضية بين المنفق والمنفق عليه و يجب على الانسان احياء نفسه بدفع الهلاك عن نفسه ولا يقف وجوبه على قضاء القاضى فأما نفقة سائر ذى الرحم المحرم فليس وجوبها من طريق الاحياء لانعدام معنى الجزئية وانما تجب صلة محضة فجاز ان يقف وجوبها على قضاء القاضى و بخلاف نفقة الزوجات لان لها شبها بالاعواض فمن حيث هى صلة لم تصر دينا من غير قضاء و رضا ومن حيث هى عوض تجب من غير قضاء عملا بالشبهين وعلى هذا يخرج ما اذا كان الرجل غائبا وله مال حاضر ان القاضى لا يأمر أحدا بالنفقة من ماله الا الابوين الفقيرين وأولاده الفقراء الصغار الذكور والاناث والكبار الذكور الفقراء العجزة عن الكسب والاناث الفقيرات والزوجة لانه لا حق لاحد فى ماله الا لهؤلاء ألا ترى انه ليس لغيرهم أن يمد يده الى ماله فيأخذه وان كان فقيرا محتاجا ولهم ذلك فكان الامر من القاضى بالانفاق من ماله لغيرهم قضاء على الغائب من غير خصم حاضر ولا يكون لهم قضاء بل يكون اعانة ثم ان كان المال حاضرا عند هؤلاء وكان النسب معروفا وعلم القاضى بذلك أمرهم بالنفقة منه لان نفقتهم واجبة من غير قضاء القاضى فكان الامر من القاضى بالانفاق اعانة لا قضاء وان لم يعلم بالنسب فطلب بعضهم ان يثبت ذلك عند القاضى بالبينة لا تسمع منه البينة لانه يكون قضاء على الغائب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وكذلك ان كان ماله وديعة عند انسان وهو مقر بها أمرهم القاضى بالانفاق منها وكذا اذا كان له دين على انسان وهو مقر به لما قلنا ولو دفع صاحب اليد أو المديون اليهم بغير اذن القاضى يضمن واذا وقع باذنه لا يضمن واستوثق القاضى منهم كفيلا ان شاء وكذا الأمر الجد و ولد الولد حال وجود الاب والولد لانهما حال وجودهما بمنزلة ذوى الارحام و يأمرهما حال عدمهما لان الجد يقوم مقام الاب حال عدمه و ولد الولد يقوم مقام الولد حال عدمه وان كان صاحب اليد أو المديون منكرا فارادوا أن يقيموا البينة لم يلتفت القاضى الى ذلك لما ذكرنا فان أنفق الاب من مال ابنه ثم حضر الابن فقال للاب كنت موسرا وقال الاب كنت معسرا ينظر الى حال الاب وقت الخصومة فان كان معسرا فالقول قوله وان كان موسرا فالقول قول الابن لان الظاهر استمرار حال اليسار والاعسار والتغير خلاف الظاهر فيحكم الحال وصار هذا كالآجر مع المستأجر اذا اختلفا فى جريان الماء وانقطاعه انه يحكم الحال لما قلنا كذا هذا فان اقاما البينة فالبينة بينة الابن لانها تثبت أمرا زائدا وهو الغنا هذا اذا كان المال من جنس النفقة من الدراهم والدنانير والطعام والكسوة فان كان من غير جنسها فالقاضى لا يبيع على الغائب العقار لاجل القضاء بالاتفاق وكذا الاب الا اذا كان الولد صغيرا فيبيع العقار وأما العروض فهل يبيعها القاضى فالامر فيه على ماذكرنا من الاتفاق والاختلاف وهل يبيعها الاب قال أبو حنيفة يبيع مقدار ما يحتاج اليه لا الزيادة على ذلك وهو

استحسان وقال أبو يوسف ومحمد لا يبيع ولا خلاف ان الام لا تبيع مال ولدها الصغير والكبير وكذا الاولاد لا يبيعون مال الابوين (وجه) قولهما وهو القياس أنه لا ولاية للاب على الولد الكبير فكان هو وغيره من الاقارب سواء ولهذا لا يبيع العقار وكذا العروض ولابى حنيفة أن فى بيع العروض نظرا للولد الغائب لان العروض مما يخاف عليه الهلاك فكان بيعها من باب الحفظ والاب يملك النظر لولده بحفظ ماله وغير ذلك بخلاف العقار فانه محفوظ بنفسه فلا حاجة الى حفظه بالبيع فيبقى بيعه تصرفا على الولد الكبير فلا يملكه ولان الشرع أضاف مال الولد الى الوالد وسماه كسباله فان لم يظهر ذلك فى حقيقة الملك فلا أقل من أن يظهر فى ولاية بيع عرضه عند الحاجة

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مقدار الواجب من هذه النفقة فنفقة الاقارب مقدرة بالكفاية بلا خلاف لانها تجب للحاجة فتتقدر بقدر الحاجة وكل من وجبت عليه نفقة غيره يجب عليه له المأكل والمشرب والملبس والسكنى والرضاع ان كان رضيعا لان وجوبها للكفاية والكفاية تتعلق بهذه الاشياء فان كان للمنفق عليه خادم يحتاج الى خدمته تفرض له أيضا لان ذلك من جملة الكفاية

﴿ فصل ﴾ وأما بيان كيفية وجوبها فهذه النفقة تجب على وجه لا تصير دينا فى الذمة أصلا سواء فرضها القاضى أو لا بخلاف نفقة الزوجات فانها تصير دينا فى الذمة بفرض القاضى أو بالتراضى حتى لو فرض القاضى للقريب نفقة شهر فمضى الشهر ولم يأخذ ليس له أن يطالبه بها بل تسقط وفى نفقة الزوجات للمرأة ولاية المطالبة بما مضى من النفقة فى مدة الفرض وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فى نفقة الزوجات فيقع الفرق بين النفقتين فى أشياء منها ما وصفناه آنفا ان نفقة المرأة تصير دينا بالقضاء أو بالرضا ونفقة الاقارب لا تصير دينا أصلا ورأسا ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم لا تجب لغير المعسر ونفقة الزوجات أو كسوتهن تجب للمعسرة والموسرة ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا هلكت قبل مضى مدة الفرض تجب نفقة أخرى وكسوة أخرى وفى نفقة الزوجات لا تجب ومنها ان نفقة الاقارب أو كسوتهم اذا تعيبت بعد مضى المدة لا تجب أخرى وفى نفقة الزوجات تجب وقدمر الفرق بين هذه الجملة فى فصل نفقة الزوجات ومنها أنه اذا عجل نفقة مدة فى الاقارب فمات المنفق عليه قبل تمام المدة لا يسترد شيأ منها بلا خلاف وفى نفقة الزوجات خلاف محمد ويحبس فى نفقة الاقارب كما يحبس فى نفقة الزوجات أما غير الاب فلا شك فيه وأما الاب فيحبس فى نفقة الولد أيضا ولا يحبس فى سائر ديونه لان ايذاء الاب حرام فى الاصل وفى الحبس ايذاؤه الا ان فى النفقة ضرورة وهى ضرورة دفع الهلاك عن الولد اذ لو لم ينفق عليه لهلك فكان هو بالامتناع من الانفاق عليه كالقاصد اهلاكه فدفع قصده بالحبس ويحمل هذا القدر من الاذى لهذه الضرورة وهذا المعنى لم يوجد فى سائر الديون ولان ههنا ضرورة أخرى وهى ضرورة استدراك هذا الحق أعنى النفقة لانها تسقط بمضى الزمان فتقع الحاجة الى الاستدراك بالحبس لان الحبس يحمله على الاداء فيحصل الاستدراك ولو لم يحبس يفوت حقه رأسا فشرع الحبس فى حقه لضرورة استدراك الحق صيانة له عن الفوات وهذا المعنى لا يوجد فى سائر الديون لانها لا تفوت بمضى الزمان فلا ضرورة الى الاستدراك بالحبس ولهذا قال أصحابنا ان الممتنع من النفقة يضرب ولا يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لانه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لانه يفوت بمضى الزمان فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق وكذلك الجد أب الاب وان علا لانه يقوم مقام الاب عند عدمه

﴿ فصل ﴾ وأما بيان المسقط لها بعد الوجوب فالمسقط لها بعد الوجوب هو مضى الزمان من غير قبض ولا استدانة حتى لو فرض القاضى نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة سقطت النفقة لما ذكرنا ان هذه النفقة تجب صلة محضة فلا يتأكد وجوبها الا بالقبض أو ما يقوم مقامه والله أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما نفقة الرقيق فالكلام فى هذا الفصل فى مواضع فى بيان وجوب هذه النفقة وفى بيان سبب وجوبها وفى بيان شرط الوجوب وفى بيان مقدار الواجب وفى بيان كيفية الوجوب أما الاول فوجوبها ثابت

بالكتاب

بالكتاب والسنة والاجماع والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل أو ما ملكت أيمانكم معطوف على قوله وبالوالدين احسانا أمر بالاحسان الى المماليك ومطلق الامر يحمل على الوجوب والانفاق عليهم احسان بهم فكان واجبا ويحتمل أن يكون أمرا بالاحسان الى المماليك أمرا بتوسيع النفقة عليهم لان المرء لا يترك أصل النفقة على مملوكه اشفاقا على ملكه وقد يقتر في الانفاق عليه لكونه مملوكا في يده فامر الله عز وجل السادات بتوسيع النفقة على مماليكهم شكرا لما أنعم عليهم حيث جعل من هو من جوهرهم وأمثالهم في الخلقة خدما وخولا أذلاء تحت أيديهم يستخدمونهم ويستعملونهم في حوائجهم وأما السنة فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يوصى بالمملوك خيرا ويقول أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم مالا يطيقون فان الله تعالى يقول لا يكلف الله نفسا الا وسعها وعن أنس رضى الله عنه قال كان آخر وصية رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حضرته الوفاة الصلاة وما ملكت أيمانكم وجعل صلى الله عليه وسلم يغرغر بها في صدره وما يقبض بها لسانه وعليه اجماع الامة أن نفقة المملوك واجبة وأما المعقول فهو عبد مملوك لا يقدر على شيء فلو لم تجعل نفقته على مولاه لهلك

﴿فصل﴾ وأما سبب وجوبها فالملك لانه يوجب الاختصاص بالمملوك انتفاعا وتصرفا وهو نفس الملك فاذا كانت منفعته للمالك كانت مؤنته عليه اذ الخراج بالضمان وعلى هذا يبنى أنه لا يجب على العبد نفقة ولده لعدم الملك لان أمه ان كانت حرة فهو حر وان كانت مملوكة فهو ملك مولاها فكانت نفقته على المولى ولان العبد لا مال له بل هو وما في يده لمولاه والمولى أجنبي عن هذا الولد فكيف تجب النفقة في مال الغير لملك الغير وكذا لا يجب على الحر نفقة ولده المملوك بأن تزوج حر أمة غيره فولدت ولدا لانه ملك غيره فلا تجب عليه نفقة مملوك غيره ولو أعتق عبده بطلت النفقة لبطلان سبب الوجوب وهو الملك ثم ان كان بالغا صحيحا فنفقته في كسبه وان كان صغيرا أو زمنا قالوا ان نفقته في بيت المال لانه واحد من المسلمين حر عاجز لا يعرف له قريب وبيت المال مال المسلمين فكانت نفقته فيه وكذا اللقيط اذا لم يكن معه مال فنفقته في بيت المال لما قلنا وقالوا في الصغير في يد رجل قال لرجل هذا عبدك أودعتنيه فجحد قال محمد أستحلفه بالله عز وجل ما أودعته فان حلف قضيت بنفقته على الذى هو في يده لانه أقر برقه ثم أقر به لغيره وقد رد الغير اقراره فبقى في يده واليد دليل الملك فيلزمه نفقته قال محمد ولو كان كبيرا لم أستحلف المدعى عليه لانه اذا كان كبيرا كان في يد نفسه وكان دعواه هدرا فيتقف الامر على دعوى الكبير فكل من ادعى عليه أنه عبده وصدقه فعليه نفقته ولو كان العبد بين شريكين فنفقته عليهما على قدر ملكيهما وكذلك لو كان في أيديهما كل واحد منهما يدعى أنه له ولا بينة لهما فنفقته عليهما وقالوا في الجارية المشتركة بين اثنين أتت بولد فادعاه الموليان ان نفقة هذا الولد عليهما وعلى الولد اذا كبر نفقة كل واحد منهما لان كل واحد منهما أب كامل في حقه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرط وجوبها فهو أن يكون الرقيق مملوك المنافع والمكاسب للمولى فان لم يكن فلا تجب عليه نفقته فيجب على الانسان نفقة عبده القن والمدبر وأم الولد لان أكسابهم ملك المولى ولا تجب عليه نفقة مكاتبه لانه غير مملوك المكاسب لمولاه ألا ترى أنه أحق بكسبه من مولاه فكان في مكاسبه كالحر فكانت نفقته في كسبه كالحر وكذا معتق البعض لانه بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة وعندهما حر عليه دين والعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر نفقته على صاحب الخدمة لا على صاحب الرقبة لان منفعته لصاحب الخدمة ونفقة عبد الرهن على الراهن لان ملك الذات والمنفعة له ونفقة عبد الوديعة على المودع لما قلنا ونفقة عبد العارية على المستعير لان ملك المنفعة في زمن العارية له اذ الاعارة تمليك المنفعة ونفقة عبد الغصب قبل الرد على الغاصب لان منافعه تحدث على ملكه على بعض طرق أصحابنا حتى لو لم تكن مضمونة على الغاصب فكانت نفقته عليه ولان رد المغصوب على الغاصب ومؤنة الرد عليه لكونها من ضرورات الرد والنفقة من ضرورات الرد لانه لا يمكنه الا باستبقائه ولا يبقى عادة الا بالنفقة فكانت النفقة من مؤنات الرد لكونها من ضروراته فكانت على الغاصب والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما مقدار الواجب منها فمقدار الكفاية لان وجوبها للكفاية فتتقدر بقدر الكفاية كنفقة الاقارب

﴿فصل﴾ وأما كيفية وجوبها فانها تجب على وجه يجبر عليها عند الطلب والخصومة في الجملة بيان ذلك أن المملوك اذا خاصم مولاه في النفقة عند القاضي فان القاضي يأمره بالنفقة عليه فان أبى ينظر القاضي فكل من يصلح للاجارة يؤاجره وينفق عليه من أجرته أو يبيعه ان كان محلا للبيع كالقن ورأى البيع أصلح ولا يجبر على الانفاق وان لم يصلح للاجارة بان كان صغيرا أو جارية ولا محلا للبيع كالمدبر وأم الولد يجبره على الانفاق لانه لا يمكن بيعه ولا اجارته وتركه جائعا تضييع الى آدمى فيجبر المولى على الانفاق والله عز وجل أعلم (وأما) نفقة البهائم فلا يجبر عليها في ظاهر الرواية ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن ينفق عليها وروى عن أبي يوسف أنه يجبر عليها لان في تركه جائعا تعذيب الحيوان بلا فائدة وتضييع المال ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كله ولانه سفه لخلوه عن العاقبة الحميدة والسفه حرام عقلا وجه ظاهر الرواية أن الجبر على الحق يكون عند الطلب والخصومة من صاحب الحق ولا خصم فلا يجبر ولكن تجب فيما بينه وبين الله تعالى لما قاله أبو يوسف وأما نفقة الجمادات كالدور والعقار فلا يجبر عليها لما قلنا ولا يفتى أيضا بالوجوب الا أنه اذا كان هناك تضييع المال فيكره له ذلك والله عز وجل أعلم

## ﴿كتاب الحضانة﴾

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في تفسير الحضانة وفي بيان من له الحضانة وفي بيان مدة الحضانة وفي بيان مكان الحضانة أما الاول فالحضانة في اللغة تستعمل في معنيين أحدهما جعل الشئ في ناحية يقال حضن الرجل الشئ أي اعتزله فجعله في ناحية منه والثاني الضم الى الجنب يقال حضنته واحتضنته اذا ضممته الى جنبك والحضن الجنب فحضانة الام ولدها هي ضمها اياه الى جنبها واعتزالها اياه من أبيه ليكون عندها فتقوم بحفظه وامساكه وغسل ثيابه ولا تجبر الام على ارضاعه الا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر عليه وهذا قول عامة العلماء وقال مالك ان كانت شريفة لم تجبر وان كانت دنية تجبر والصحيح قول العامة لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل في بعض وجوه التأويل أي لا تضار بالزام الارضاع مع كراهتها وقوله عز وجل في المطلقات فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن جعل تعالى أجر الرضاع على الاب لا على الام مع وجودها فدل ان الرضاع ليس على الام وقوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف أي رزق الوالدات المرضعات فان أريد به المطلقات ففيه أنه لا ارضاع على الام حيث أوجب بدل الارضاع على الاب مع وجود الام وان أريد به المنكوحات كان المراد منه والله عز وجل أعلم ايجاب زيادة النفقة على الاب للام المرضعة لاجل الولد والا فالنفقة تستحقها المنكوحة من غير ولد ولان الارضاع انفاق على الولد ونفقة الولد يختص بها الوالد لا يشاركه فيها الام كنفقته بعد الاستغناء فكما لا تجب عليها نفقته بعد الاستغناء لا تجب عليها قبله وهو ارضاعه وهذا في الحكم وأما في الفتوى فتفتى بانها ترضعه لقوله تعالى لا تضار والدة بولدها قيل في بعض تأويلات الآية أي لا تضار بولدها بان ترميه على الزوج بعد ما عرفها وألفها ولا ترضعه فيتضرر الولد ومتى تضرر الولد تضرر الوالد لانه يتألم قلبه بذلك وقد قال الله تعالى ولا مولود له بولده أي لا يضار المولود له بسبب الاضرار بولده كذا قيل في بعض وجوه التأويل ولان النكاح عقد سكن وازدواج وذلك لا يحصل الا باجتماعهما على مصالح النكاح ومنها ارضاع الولد فيفتى به ولكنها ان أبت لا تجبر عليه لما قلنا الا اذا كان لا يوجد من يرضعه فحينئذ تجبر على ارضاعه اذ لو لم تجبر عليه لهلك الولد ولو التمس الاب لولده مرضعا فارادت الام أن ترضعه بنفسها فهي أولى لانها أشفق عليه ولان في انتزاع الولد منها اضرارا بها وانه منهى عنه لقوله عز وجل لا تضار والدة بولدها قيل في بعض الاقاويل أي لا يضارها زوجها بانتزاع الولد منها وهي تريد امساكه وارضاعه فان أرادت أن تأخذ على ذلك أجرا في صلب النكاح لم يجز لها ذلك لان الارضاع وان لم يكن مستحقا عليها في الحكم فهو مستحق في الفتوى ولا يجوز أخذ

الاجر على أمر مستحق لانه يكون رشوة ولانها قد استحقت نفقة النكاح وأجرة الرضاع وأجرة الرضاع بمنزلة النفقة فلا تستحق نفقتين ولان أجر الرضاع يجب لحفظ الصبي وغسله وهو من نظافة البيت ومنفعة البيت تحصل للزوجين فلا يجوز لها أن تأخذ عوضا عن منفعة تحصل لها حتى لو استأجرها على ارضاع ولده من غيرها جاز لان ذلك غير واجب عليها فلا يكون أخذ الاجرة على فعل واجب عليها وكذا ليس في حفظه منفعة تعود اليها لانه لا يجب عليها أن تسكنه معها وكذلك اذا كانت معتدة من طلاق رجعي لا يحل لها أن تأخذ الاجرة كما لا يجوز في صلب النكاح لان النكاح بعد الطلاق الرجعي قائم من كل وجه وأما المبتوتة ففيها روايتان في رواية لا يجوز لها أن تأخذ الاجر لانها مستحقة للنفقة والسكنى في حال قيام العدة فلا تحل لها الاجرة كما لا يحل للزوجة وفي رواية يجوز لان النكاح قد زال بالابانة فصارت كالاجنبية وأما اذا انقضت عدتها فالتمست أجرة الرضاع وقال الاب أنا أجد من يرضعه بغير اجر أو باقل من ذلك فذلك له لقوله تعالى فان تعاسرتم فسترضع له أخرى ولان في الزام الاب بما تلتمسه الام اضرارا بالاب وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا مولود له بولده أي لا يضار الاب بالزام الزيادة على ما تلتمسه الاجنبية كذا ذكر في بعض التأويلات ولكن ترضعه عند الام ولا يفرق بينهما لما فيه من الحاق الضرر بالام والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من له الحضانة فالحضانة تكون للنساء في وقت وتكون للرجال في وقت والاصل فيها النساء لانهن أشفق وأرفق وأهدى الى تربية الصغار ثم تصرف الى الرجال لانهم على الحماية والصيانة واقامة مصالح الصغار اقدر ولكل واحد منهما شرط فلا بد من بيان شرط الحضانتين ووقتهما أما التي للنساء فمن شرائطها أن تكون المرأة ذات رحم محرم من الصغار فلا حضانة لبنات العم و بنات الخال و بنات العمة و بنات الخالة لان مبنى الحضانة على الشفقة والرحم المحرم هي المختصة بالشفقة ثم يتقدم فيها الاقرب فالاقرب فأحق النساء من ذوات الرحم المحرم بالحضانة الام لانه لا أقرب منها ثم أم الام ثم أم الاب لان الجدتين وان استويتا في القرب لكن احداهما من قبل الام أولى وهذه الولاية مستفادة من قبل الام فكل من يدلي بقرابة الام كان أولى لانها تكون أشفق ثم الاخوات فأم الاب أولى من الاخت لان لها ولادا فكانت أدخل في الولاية وكذا هي أشفق وأولى الاخوات الاخت لاب وأم ثم الاخت لام ثم الاخت لاب لان الاخت لاب وأم تدلي بقرابتين فترجح على الاخت لام بقرابة الاب وترجح الاخت لام لانها تدلي بقرابة الام فكانت أولى من الاخت لاب واختلفت الرواية عن أبي حنيفة في الاخت لاب مع الخالة أيتهما أولى روى عنه في كتاب النكاح أن الخالة أولى وهو قول محمد وزفر وروى عنه في كتاب الطلاق أن الاخت لاب أولى وجه الرواية الاولى ما روى أن بنت حمزة لما رأت عليا رضي الله عنه تمسكت به وقالت ابن عمي فأخذها فاختصم فيها علي وجعفر وزيد بن حارثة رضي الله عنهم فقال رضي الله عنه بنت عمي وقال جعفر بنت عمي وخالتها عندي وقال زيد بن حارثة رضي الله عنه بنت أخي آخيت بيني و بين حمزة يا رسول الله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بها لخالتها وقال صلى الله عليه وسلم الخالة والدة فقد سمى الخالة والدة فكانت أولى وجه الرواية الاخرى أن الاخت لاب بنت الاب والخالة بنت الجد فكانت الاخت أقرب فكانت أولى و بنت الاخت لاب وأم أولى من الخالة لانها من ولد الابوين وكذا بنت الاخت لام لانها من ولد الام والخالة ولد الجد وكذا بنت الاخت لاب أولى من الخالة على الرواية الاخيرة لانها من ولد الاب والخالة ولد الجد فكانت أولى وأما على الرواية الاولى فلا شك أن الخالة تتقدم عليها لانها تتقدم على أمها وهي الاخت لاب فلان تتقدم على بنتها وهي أبعد من أمها أولى وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخ لا حق له في الحضانة والاخت لها حق فيها فكان ولد الاخت أولى والخالات أولى من بنات الاخ لان بنت الاخ تدلي بقرابة الذكر والخالة تدلي بقرابة الام فكانت الخالة أولى و بنات الاخ أولى من العمات وان كانت كل واحدة منهما أعني بنت الاخ والعمة تدلي بذكر لكن بنت الاخ أقرب لانها ولد الاب والعمة ولد الجد فكانت بنت الاخ أقرب فكانت أولى ثم الخالات أولى من

العمات وان تساوين فى القرب لان الخالات يدلين بقرابة الام فكن أشفق وأولى الخالات الخالة لاب وأم لانها تدلى بقرابتين ثم الخالة لام لادلائها بقرابة الام ثم الخالة لاب ثم العمات وذكر الحسن بن زياد فى كتاب الطلاق أن أم الاب أولى من الخالة فى قول أبى يوسف وقال زفر الخالة أولى وجه قول زفر قول النبى صلى الله عليه وسلم الخالة والدة وجه قول أبى يوسف أن أم الاب لها ولاد والولاية فى الاصل مستفادة بالولاد وأولى العمات العمة لاب وأم لانها تدلى بقرابتين ثم العمة لام لاتصالها بجهة الام ثم العمة لاب وأما بنات العم والخال والعمة والخالة فلا حق لهن فى الحضانة لعدم الرحم المحرم والله أعلم ومنها أن لا تكون ذات زوج أجنبى من الصغير فان كانت فلا حق لها فى الحضانة وأصله ماروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء ويزعم أبوه أن ينزعه منى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به منه مالم تنكحى وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال طلق عمر رضى الله عنه أم ابنه عاصم رضى الله عنه فلقيها ومعها الصبى فنازعها وارتفعا الى أبى بكر الصديق رضى الله عنه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بعاصم بن عمر رضى الله عنهما لامه مالم يشب أو تتزوج وقال ان ريحها وفراشها خير له حتى يشب أو تتزوج وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولان الصغير يلحقه الجفاء والمذلة من قبل الاب لانه يبغضه لغيرته وينظر اليه نظر المغشى عليه من الموت ويقتر عليه النفقة فيتضرر به حتى لو تزوجت بذى رحم محرم من الصبى لا يسقط حقها فى الحضانة كالجدة اذا تزوجت بجد الصبى أو الام تزوجت بعم الصبى أنه لا يلحقه الجفاء منهما لوجود المانع من ذلك وهو القرابة الباعثة على الشفقة ولو مات عنها زوجها أو أبانها عاد حقها فى الحضانة لان المانع قد زال فيزول المنع ويعود حقها وتكون هى أولى ممن هى أبعد منها كما كانت ومنها عدم ردتها حتى لو ارتدت عن الاسلام بطل حقها فى الحضانة لان المرتدة تحبس فيتضرر به الصبى ولو تابت وأسلمت يعود حقها لزوال المانع وسئل محمد عن النساء اذا اجتمعن ولهن أزواج قال يضعه القاضى حيث شاء لانه لا حق لهن فصرن كمن لا قرابة له ومنها أن تكون حرة فلا حق للامة وأم الولد فى حضانة الولد الحر لان الحضانة ضرب من الولاية وهما ليستا من أهل الولاية فأما اذا اعتقتا فهما فى الحضانة كالحرة لانهما استفادتا الولاية بالعتق وأهل الذمة فى هذه الحضانة بمنزلة أهل الاسلام لان هذا الحق انما يثبت نظرا للصغير وانه لا يختلف بالاسلام والكفر وكذا اتحاد الدين ليس بشرط لثبوت هذا الحق حتى لو كانت الحاضنة كتابية والولد مسلم كانت فى الحضانة كالمسلمة كذا ذكر فى الاصل لما قلنا وكان أبو بكر احمد بن على الرازى يقول انها أحق بالصغير والصغيرة حتى يعقلا فاذا عقلا سقط حقها لانها تعودهما أخلاق الكفرة وفيه ضرر عليهما والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما وقت الحضانة التى من قبل النساء فالام والجدتان أحق بالغلام حتى يستغنى عنهن فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده كذا ذكر فى ظاهر الرواية وذكر أبو داود بن رشيد عن محمد ويتوضأ وحده يريد به الاستنجاء أى ويستنجى وحده ولم يقدر فى ذلك تقديرا وذكر الخصاف سبع سنين أو ثمان سنين أو نحو ذلك وأما الجارية فهى أحق بها حتى تحيض كذا ذكر فى ظاهر الرواية وحكى هشام عن محمد حتى تبلغ أو تشتهى وانما اختلف حكم الغلام والجارية لان القياس ان تتوقت الحضانة بالبلوغ فى الغلام والجارية جميعا لانها ضرب ولاية ولانها ثبتت للام فلا تنتهى الا بالبلوغ كولاية الاب فى المال الا انا تركنا القياس فى الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم لما روينا أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قضى بعاصم بن عمر لامه مالم يشب عاصم أو تتزوج أمه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فتركنا القياس فى الغلام باجماع الصحابة رضى الله عنهم فبقى الحكم فى الجارية على أصل القياس ولان الغلام اذا استغنى يحتاج الى التأديب والتخلق بأخلاق الرجال وتحصيل أنواع الفضائل واكتساب أسباب العلوم والاب على ذلك أقوم وأقدر مع انه لو ترك فى يدها لتخلق بأخلاق النساء وتعود بشمائلهن وفيه ضرر وهذا المعنى لا يوجد فى الجارية فتترك فى يد الام بل تمس الحاجة الى الترك فى يدها الى

وقت البلوغ لحاجتها الى تعلم آداب النساء والتخلق بأخلاقهن وخدمة البيت ولا يحصل ذلك الا وأن تكون عند الام ثم بعد ما حاضت أو بلغت عند الام حد الشهوة تقع الحاجة الى حمايتها وصيانتها وحفظها عمن يطمع فيها لكونها لحما على وضم فلابد ممن يذب عنها والرجال على ذلك أقدر وأما غير هؤلاء من ذوات الرحم المحرم من الاخوات والخالات والعمات اذا كان الصغير عندهن فالحكم في الجارية كالحكم في الغلام وهو انها تترك في أيديهن الى ان تأكل وحدها وتشرب وحدها وتلبس وحدها ثم تسلم الى الاب وانما كان كذلك لانها وان كانت تحتاج بعد الاستغناء الى تعلم آداب النساء لكن في تأديبها استخدامها وولاية الاستخدام غير ثابتة لغير الامهات من الاخوات والخالات والعمات فتسلمها الى الاب احترازا عن الوقوع في المعصية وأما التي للرجال فاما وقتها فما بعد الاستغناء في الغلام الى وقت البلوغ وبعد الحيض في الجارية اذا كانت عند الام أو الجدتين وان كانا عند غيرهن فما بعد الاستغناء فيهما جميعا الى وقت البلوغ لما ذكرنا من المعنى وانما توقت هذا الحق الى وقت بلوغ الصغير والصغيرة لان ولاية الرجال على الصغار والصغائر تزول بالبلوغ كولاية المال غير أن الغلام اذا كان غير مأمون عليه فللاب أن يضمه الى نفسه ولا يخلي سبيله كيلا يكتسب شيأ عليه وليس عليه نفقته الا أن يتطوع فاما اذا بلغ عاقلا واجتمع رأيه واستغنى عن الاب وهو مأمون عليه فلا حق للاب في امساكه كما ليس له أن يمنعه من ماله فيخلي سبيله فيذهب حيث شاء والجارية ان كانت ثيبا وهي غير مأمونة على نفسها لا يخلي سبيلها ويضمها الى نفسه وان كانت مأمونة على نفسها فلا حق له فيها ويخلي سبيلها وتترك حيث أحبت وان كانت بكرا لا يخلي سبيلها وان كانت مأمونة على نفسها لانها مطمع لكل طامع ولم تختبر الرجال فلا يؤمن عليها الخداع وأما شرطها فمن شرائطها العصوبة فلا تثبت الا للعصبة من الرجال ويتقدم الاقرب فالاقرب الاب ثم الجد أبوه وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وأم ثم العم لاب ثم ابن العم لاب وأم ثم ابن العم لاب ان كان الصبي غلاما وان كان جارية فلا تسلم اليه لانه ليس بمحرم منها لانه يجوز له نكاحها فلا يؤتمن عليها وأما الغلام فانه عصبة وأحق به ممن هو أبعد منه ثم عم الاب لاب وأم ثم عم الاب لاب ثم عم الجد لاب وأم ثم عم الجد لاب ولو كان لها ثلاثة أخوة كلهم على درجة واحدة بان كانوا كلهم لاب وام أو لاب أو ثلاثة أعمام كلهم على درجة واحدة فأفضلهم صلاحا وورعا أولى فان كانوا في ذلك سواء فأكبرهم سنا أولى بالحضانة فان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم اختار لها القاضي أفضل المواضع لان الولاية في هذه الحالة اليه فيراعى الاصلح فان رآه أصلح ضمها اليه والا فيضعها عند امرأة مسلمة أمينة وكل ذكر من قبل النساء فلا حق له في الولد مثل الاخ لام والخال وأبو الام لانعدام العصوبة وقال محمد ان كان للجارية ابن عم وخال وكلاهما لا بأس به في دينه جعلها القاضي عند الخال لانه محرم وابن العم ليس بمحرم فكان المحرم أولى والاخ من الاب أحق من الخال لانه عصبة وهو أيضا أقرب لانه من أولاد الاب والخال من أولاد الجد وذكر الحسن ابن زياد أن الصبي اذا لم يكن له قرابة من قبل النساء فالعم أولى به من الخال وأبو الام لانه عصبته والاخ لاب أولى من العم وكذلك ابن الاخ لانه أقرب فان لم يكن له قرابة أشفق من جهة أبيه من الرجال والنساء فان الام أولى من الخال والاخ لام لان لها ولادا وهي أشفق ممن لا ولاد له من ذوي الارحام ومنها اذا كان الصغير جارية أن تكون عصبتها ممن يؤتمن عليها فان كان لا يؤتمن لفسقه وخيانته لم يكن له فيها حق لان في كفالته لها ضررا عليها وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر حتى لو كانت الاخوة والاعمام غير مأمونين على نفسها ومالها لا تسلم اليهم وينظر القاضي امرأة من المسلمين ثقة عدلة أمينة فيسلمها اليها الى أن تبلغ فتترك حيث شاءت وان كانت بكرا ومنها اتحاد الدين فلا حق للعصبة في الصبي الا أن يكون على دينه كذا ذكر محمد وقال هذا قول أبي حنيفة وقياسه لان هذا الحق لا يثبت الا للعصبة واختلاف الدين يمنع التعصيب وقد قالوا في الاخوين اذا كان أحدهما مسلما والآخر يهوديا والصبي يهودي أن اليهودي أولى به لانه عصبته لا المسلم والله عز وجل الموفق ولا خيار للغلام والجارية اذا اختلف الابوان فيهما قبل

البلوغ عندنا وقال الشافعي يخير الغلام اذا عقل التخيير واحتج بما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت زوجي يريد أن ينتزع ابنه مني وانه قد نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة فقال استهما عليه فقال الرجل من يشاقني في ابني فقال النبي صلى الله عليه وسلم للغلام اختر أيهما شئت فاختار أمه فأعطاها اياه ولان في هذا نظرا للصغير لانه يختار الاشفق ولنا ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال للام أنت أحق به مالم تنكحي ولم يخيره ولان تخيير الصبي ليس بحكمة لانه لغلبة هواه يميل الى اللذة الحاضرة من الفراغ والكسل والهرب من الكتاب وتعلم آداب النفس ومعالم الدين فيختار شر الابوين وهو الذي يهمله ولا يؤدبه وأما حديث أبي هريرة رضي الله عنه فالمراد منه التخيير في حق البالغ لانها قالت نفعني وسقاني من بئر أبي عتبة ومعنى قولها نفعني أي كسب علي والبالغ هو الذي يقدر على الكسب وقد قيل ان بئر أبي عتبة بالمدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منه فدل على ان المراد منه التخيير في حق البالغ ونحن به نقول ان الصبي اذا بلغ يخير والدليل عليه ما روى عن عمارة بن ربيعة المخزومي انه قال غزا أبي نحو البحرين فقتل فجاء عمي ليذهب بي فخاصمته أمي الى علي بن أبي طالب رضي الله عنه ومعي أخ لي صغير فخيرني علي رضي الله عنه ثلاثا فاخترت أمي فأبى عمي ان يرضى فوكزه علي رضي الله عنه بيده وضربه بدرته وقال لو بلغ هذا الصبي أيضا خير فهذا يدل على ان التخيير لا يكون الا بعد البلوغ

﴿ فصل ﴾ وأما بيان مكان الحضانة فمكان الحضانة مكان الزوجين اذا كانت الزوجية بينهما قائمة حتى لو أراد الزوج أن يخرج من البلد وأراد أن يأخذ ولده الصغير ممن له الحضانة من النساء ليس له ذلك حتى يستغني عنها لما ذكرنا انها أحق بالحضانة منه فلا يملك انتزاعه من يدها لما فيه من ابطال حقها فضلا عن الاخراج من البلد وان أرادت المرأة أن تخرج من المصر الذي هي فيه الى غيره فللزوج أن يمنعها من الخروج سواء كان معها ولد أو لم يكن لان عليها المقام في بيت زوجها وكذلك اذا كانت معتدة لا يجوز لها الخروج مع الولد وبدونه ولا يجوز للزوج اخراجها لقوله عز وجل لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وأما اذا كانت منقضية العدة فأرادت أن تخرج بولدها من البلد الذي هي فيه الى بلد فهذا على أقسام ان أرادت أن تخرج الى بلدها وقد وقع النكاح فيه فلها ذلك مثل أن تزوج كوفية بالكوفة ثم نقلها الى الشام فولدت أولادا ثم وقعت الفرقة بينهما وانقضت العدة فأرادت أن تنقل أولادها الى الكوفة فلها ذلك لان المانع هو ضرر التفريق بينه وبين ولده وقد رضي به لوجود دليل الرضا وهو التزوج بها في بلدها لان من تزوج امرأة في بلدها فالظاهر انه يقيم فيه والولد من ثمرات النكاح فكان راضيا بحضانة الولد في ذلك البلد فكان راضيا بالتفريق الا ان النكاح ما دام قائما يلزمها اتباع الزوج فاذا زال فقد زال المانع وان وقع النكاح في غير بلدها لم يكن لها ان تنتقل بولدها الى بلدها بان تزوج امرأة كوفية بالشام فوقعت الفرقة فأرادت أن تنقل ولدها الى الكوفة لم يكن لها ذلك لانه اذا لم يقع النكاح في بلدها لم توجد دلالة الرضا بالمقام في بلدها فلم يكن راضيا بحضانة الولد فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق ولو أرادت أن تنقل الولد الى بلد ليس ذلك ببلدها ولكن وقع النكاح فيه كما اذا تزوج كوفية بالشام فنقلها الى البصرة فوقعت الفرقة بينهما فأرادت أن تنتقل بأولادها الى الشام ليس لها ذلك كذا ذكر في الاصل لان ذلك البلد الذي وقع فيه النكاح ليس ببلدها ولا بلد الزوج بل هو دار غربة لها كالبلد الذي فيه الزوج فلم يكن النكاح فيه دليل الرضا بالمقام فيه فلم يكن راضيا بحضانة الولد الذي هو من ثمرات النكاح فيه فلم يكن راضيا بضرر التفريق فاعتبر في الاصل شرطين أحدهما أن يكون البلد الذي تريد ان تنقل اليه الولد بلدها والثاني وقوع النكاح فيه فما لم يوجد لا يثبت لها ولاية النقل وروى عن أبي يوسف ان لها ذلك واعتبر مكان العقد فقط واليه أشار محمد في الجامع الصغير فقال وانما أنظر في هذا الى عقدة النكاح أين وقعت وهكذا اعتبر الطحاوي والخصاف اتباعا لقول محمد في الجامع وهذا غير سديد لان محمدا وان أجمل المسئلة في الجامع فقد فصلها في الاصل على الوجه الذي وصفنا والمجمل يحمل على المفسر وقد يكون المفسر بيانا للمجمل كالنص

المجمل من الكتاب والسنة اذا لحق به التفسير انه يصير مفسرا من الاصل كذا هذا والله عز وجل الموفق هذا اذا كانت المسافة بين البلدين بعيدة فان كانت قريبة بحيث يقدر الاب أن يزور ولده ويعود الى منزله قبل الليل فلها ذلك لانه لا يلحق الاب كبير ضرر بالنقل بمنزلة النقل الى أطراف البلد وأما أهل السواد فالحكم فى السواد كالحكم فى المصر فى جميع الفصول الا فى فصل واحد وبيانه ان النكاح اذا وقع فى الرستاق فارادت المرأة أن تنقل الصبى الى قريتها فان كان أصل النكاح وقع فيها فلها ذلك كما فى المصر لما قلنا وان كان وقع فى غيرها فليس لها نقله الى قريتها ولا الى القرية التى وقع فيها النكاح اذا كانت بعيدة لما ذكرنا فى المصر وان كانت قريبة على التفسير الذى ذكرنا فلها ذلك كما فى المصر وان كان الاب متوطنا فى المصر فارادت نقل الولد الى القرية فان كان تزوجها فيها وهى قريتها فلها ذلك وان كانت بعيدة عن المصر لما ذكرنا فى المصر وان لم تكن تلك قريتها فان كانت قريته ووقع فيها أصل النكاح فلها ذلك كما فى المصر وان كان لم يقع النكاح فيها فليس لها ذلك وان كانت قريبة من المصر بخلاف المصرين لان أخلاق أهل السواد لا تكون مثل أخلاق أهل المصر بل تكون أجفى فيتخلق الصبى باخلاقهم فيتضرر به ولم يوجد من الاب دليل الرضا بهذا الضرر اذ لم يقع أصل النكاح فى القرية والله عز وجل أعلم وليس للمرأة أن تنقل ولدها الى دار الحرب وان كان قد تزوجها هناك وكانت حربية بعد ان يكون زوجها مسلما أو ذميا لان فى ذلك اضرارا بالصبى لانه يتخلق باخلاق الكفرة فيتضرر به وان كان كلاهما حربيين فلها ذلك لان الصبى تبع لهما وهما من أهل دار الحرب والله عز وجل أعلم وهو الموفق

## ﴿كتاب الاعتاق﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى مواضع فى بيان أنواع الاعتاق وفى بيان ركن الاعتاق وفى بيان شرائط الركن وفى بيان صفة الاعتاق وفى بيان حكم الاعتاق وفى بيان وقت ثبوت حكمه وفى بيان ما يظهر به الاعتاق أما الاول فالاعتاق فى القسمة الاولى ينقسم الى أربعة أقسام واجب ومندوب اليه ومباح ومحظور أما الواجب فالاعتاق فى كفارة القتل والظهار واليمين والافطار الا انه فى باب القتل والظهار والافطار واجب على التعيين عند القدرة عليه وفى اليمين واجب على التخيير قال الله تعالى فى كفارة القتل والظهار فتحرير رقبة وفى كفارة اليمين أو تحرير رقبة وانه أمر بصيغة المصدر كقوله عز وجل فضرب الرقاب وقوله عز وجل والوالدات يرضعن أولادهن وقوله تعالى والمطلقات يتربصن بانفسهن ونحو ذلك وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى كفارة الافطار أعتق رقبة وأما المندوب اليه فهو الاعتاق لوجه الله تعالى من غير ايجاب لان الشرع ندب الى ذلك لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أيما مؤمن أعتق مؤمنا فى الدنيا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن واثلة بن الاسقع قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صاحب لنا قد أوجب فقال صلى الله عليه وسلم اعتقوا عنه يعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار وعن أبى نجيح السلمى قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالطائف فسمعته يقول من رمى بسهم فى سبيل الله فله درجة فى الجنة ومن شاب شيبة فى الاسلام كانت له نورا يوم القيامة وأيما رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان به وقاء كل عظم من عظام محرره من النار وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كان بها وقاء كل عظم من عظام محررتها من النار وعن البراء بن عازب قال جاء اعرابى الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله علمنى عملا يدخلنى الجنة فقال صلى الله عليه وسلم أعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا واحدا فقال صلى الله عليه وسلم لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة ان تعين فى فكاكها وفى بعض الروايات ان تعين فى ثمنها وأما المباح فهو الاعتاق من غير نية لوجود معنى الاباحة فيه وهى تخيير العاقل بين تحصيل الفعل وتركه شرعا وأما المحظور فهو ان يقول لعبده أنت حر لوجه الشيطان

و يقع العتق لوجود ركن الاعتاق وشرطه وقوله لوجه الشيطان لبيان الغرض ونقسمه أيضا أقساما أخر نذكرها فى مواضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الاعتاق فهو اللفظ الذى جعل دلالة على العتق فى الجملة أو ما يقوم مقام اللفظ فيحتاج فيه الى بيان الالفاظ التى يثبت بها العتق فى الجملة اما مع النية أو بدون النية والى بيان ما لا يثبت به العتق من الالفاظ رأسا أما الاول فالالفاظ التى يثبت بها العتق فى الجملة فتنقسم ثلاثة أقسام صريح وملحق بالصريح وكناية أما الصريح فهو اللفظ المشتق من العتق أو الحرية أو الولاء نحو قوله أعتقتك أو حررتك أو أنت عتيق أو معتق أو أنت مولاى لان الصريح فى اللغة اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع وهذه الالفاظ بهذه الصفة أما لفظ العتق والحرية فلا شك فيه لانه لا يستعمل الا فى العتق فكان ظاهر المراد عند السامع فكان صريحا فلا يفتقر الى النية كصريح الطلاق اذ النية لتعيين المحتمل وأما لفظ الولاء فالمولى وان كان من الالفاظ المشتركة فى الاصل لوقوعه على مسميات مختلفة الحدود والحقائق بمنزلة اسم العين والقرء وغيرهما فانه يقع على الناصر قال الله تعالى ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لا مولى لهم و يقع على ابن العم قال الله تبارك وتعالى خبرا عن نبيه زكريا عليه الصلاة والسلام وانى خفت الموالى من ورائى و يقع على المعتق والمعتق لكن ههنا لا يحتمل معنى الناصر لان المولى لا يستنصر بعبده ولا ابن العم اذا كان العبد معروف النسب ولا المعتق اذ العبد لا يعتق مولاه فتعين المعتق مرادا به واللفظ المشترك يتعين بعض الوجوه الذى يحتمله مرادا بدليل معين فكان صريحا فى العتق فلا يحتاج الى النية كقوله أنت حر أو عتيق وكذا اذا ذكر هذه الالفاظ بصيغة النداء بان قال يا حر يا عتيق يا معتق لانه ناداه بما هو صريح فى الدلالة على العتق لكون اللفظ موضوعا للعتق والحرية ولا يعتبر المعنى بالموضوعات فيثبت العتق من غير نية كقوله أنت حر أو عتيق أو معتق وذكر محمد انه لو كان اسم العبد حرا أو عرف بذلك الاسم فقال له يا حر لا يعتق لانه اذا كان مسمى بذلك الاسم معروفا به لندائه يحمل على الاسم العلم لا على الصفة فلا يعتق وكذا اذا قال له يا مولاى يعتق عليه عند أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يعتق من غير نية وجه قوله ان قوله يا مولاى يحتمل التعظيم و يحتمل العتق فلا يحمل على التحقيق الا بالنية كقوله ياسيدى و يا مالكى ولنا ان النداء للعبد باسم المولى لا يراد به التعظيم للعبد والا كرامه عادة وانما يراد به الاعتاق فيحمل عليه كان قال أنت مولاى ولو قال ذلك يعتق عليه كذا هذا بخلاف قوله ياسيدى و يا مالكى لان هذا قد يذكر على وجه التعظيم والاكرام فلا يثبت به العتق من غير قرينة وعلل محمد لهذا فقال لانا انما أعتقناه فى قوله يا مولاى لاجل الولاء لا لاجل الملك ومعناه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ولو قال فى شئ من هذه الالفاظ من قوله أعتقتك أو نحوه عنيت به الخبر كذبا لا يصدق فى القضاء لعدوله عن الظاهر لانه يستعمل فى انشاء العتق فى عرف اللغة والشرع كما يستعمل فى الاخبار فان العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة وفى الحمل على الخبر حمل على الكذب وظاهر حال العاقل بخلافه فلا يصدق فى القضاء كما لو قال لامرأته طلقتك ونوى به الاخبار كذبا لا يصدق فى القضاء و يصدق به فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه لانه يحتمل الاخبار وان كان ارادته الخبر خلاف الظاهر ولو قال عنيت به انه كان خبرا فان كان موكدا لا يصدق أصلا لانه كذب محض وان كان انشاء لا يصدق قضاء لان الظاهر ارادة الانشاء من هذه الالفاظ فلا يصدق فى العدول عن الظاهر و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل الاخبار عن الماضى ولو قال أنت حر من عمل كذا أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق فى القضاء لان العتق بالنسبة الى الاعمال والازمان لا يتجزأ لاستحالة ان يعتق اليوم و يسترق غدا أو يعتق فى عمل و يرق فى عمل فكان الاعتاق فى عمل دون عمل وفى زمان دون زمان اعتاقا من الاعمال كلها وفى الازمان بأسرها فاذا نوى بعض الاعمال والازمان فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى وكذا اذا قال أنت مولاى وقال عنيت به الموالاة فى الدين لا يصدق فى القضاء لانه خلاف الظاهر اذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهرا

و يصدق ديانة لان اللفظ يحتمل ما نوى ولو قال ما أنت الا حر عتق لان قوله ما أنت الا حر آكد من قوله أنت حر لانه اثبات بعد النفى كقولنا لا اله الا الله ولو قال أنت حر لوجه الله تعالى عتق لان اللام فى قوله لوجه الله تعالى لام الغرض فقد نجز الحرية و بين ان غرضه من التحرير وجه الله عز وجل وكذا لو قال لعبده أنت حر لوجه الشيطان عتق ذكره محمد فى الاصل لانه أعتقه بقوله أنت حر و بين غرضه الفاسد من الاعتاق فلا يقدح فى العتق ولو دعى عبده سالما فقال يا سالم فأجابه مرزوق فقال أنت حر ولا نية له عتق الذى أجابه لان قوله أنت حر خطاب والمتكلم أولى بصرف الخطاب اليه من الساكت ولو قال عنيت سالما عتقا فى القضاء أما مرزوق فلان الاشارة مصروفة اليه لما بينا فلا يصدق فى انه ما عناه وأما سالم فباقراره وأما فيما بينه و بين الله تعالى فانما يعتق الذى عناه خاصة لان الله تعالى يطلع على سره ولو قال يا سالم أنت حر فاذا هو عبد آخر له أو لغيره عتق سالم لانه لا مخاطب ههنا الا سالم فيصرف قوله أنت حر اليه والله عز وجل أعلم وأما الذى هو ملحق بالصريح فهو ان يقول لعبده وهبت لك نفسك أو وهبت نفسك منك أو بعت نفسك منك و يعتق سواء قبل أو لم يقبل نوى أو لم ينو لان الايجاب من الواهب أو البائع ازالة الملك من الموهوب أو المبيع وانما الحاجة الى القبول من الموهوب له والمشترى لثبوت الملك لهما وههنا لا يثبت للعبد فى نفسه لانه لا يصلح مملوكا لنفسه فتبقى الهبة والبيع ازالة الملك عن الرقيق لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق ولهذا لا يفتقر الى القبول فلا يحتاج الى النية أيضا لان اللفظ صريح فى الدلالة على زوال الملك عن الموهوب والمبيع والاعتاق ازالة الملك وقد قال أبو حنيفة اذا قال لعبده وهبت لك نفسك وقال أردت وهبت له عتقه أى لا أعتقه لم يصدق فى القضاء لان الهبة وضعت لازالة الملك عن الموهوب وهبة العتق استبقاء الملك على الموهوب فقد عدل عن ظاهر الكلام فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله كلامه و روى عن أبى يوسف فيمن قال لعبده أنت مولى فلان أو عتيق فلان انه يعتق فى القضاء لانه أخبر انه معتق فلان ولا يكون معتق فلان الا وان يكون مملوكا لفلان فاعتقه فان أعتقك فلان فليس بشئ لان قوله أعتقك فلان يحتمل انه أراد أن فلانا أنشأ العتق فيك ولا يكون ذلك الا بعد الملك و يحتمل انه أراد به انه قال لك فلان أنت حر ولا ملك له فيه فلا يعتق بالشك والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا اشترى أباه أو أمه أو ابنه عتق عليه نوى أو لم ينو عند عامة العلماء لان شراءه جعل اعتاقا شرعا حتى يتأدى به الكفارة اذا اشترى أباه ناويا عن الكفارة فى قول أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر والشافعى وعند مالك لا يعتق الا باعتاق مبتدأ والاصل ان كل من تملك ذا رحم محرم منه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية أو بالارث يعتق عليه وقال مالك لا يعتق ما لم يعتقه وقال الشافعى لا يعتق بالملك الا من له ولاد فأما من لا ولاد له فلا يعتق الا باعتاق مبتدأ أما مالك فانه احتج بما روى أبو داود فى سننه باسناده عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه حقق صلى الله عليه وسلم الاعتاق عقيب الشراء ولو كان الشراء نفسه اعتاقا لم يتحقق الاعتاق عقيبه لان اعتاق المعتق لا يتصور فدل ان شراء القريب ليس باعتاق ولان الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك و بينهما منافاة فكيف يكون اللفظ الواحد اثباتا وازالة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى دخلت السوق فوجدت أخى يباع فاشتريته وأنا أريد أن أعتقه فقال له صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى قد أعتقه والحديثان حجة على مالك والشافعى ومعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث أبى هريرة فتعتقه أى تعتقه بالشراء يحمل على هذا عملا بالاحاديث كلها صيانة لها عن التناقض واما قوله الشراء اثبات الملك والاعتاق ازالة الملك فنعم ولكن الممتنع اثبات حكم وضده بلفظ واحد فى زمان واحد وأما فى زمانين فلا لان علل الشرع فى الحقيقة دلائل واعلام على المحكومات الشرعية فيجوز ان يكون لفظ الشراء السابق علما على ثبوت الملك فى الزمان الاول وذلك اللفظ بعينه علما على ثبوت العتق فى الزمان الثانى اذ لا تنافى عند اختلاف الزمان وأما

الكلام مع الشافعي فمبني على ان القرابة المحرمة للنكاح فيما سوى الولاد وهي قرابة الاخوة والعمومة والخؤولة حرام القطع عندنا وعنده لا يحرم قطعها وعلى هذا ينبني وجوب القطع بالسرقة ووجوب النفقة في هذه القرابة انه لا يقطع ويجب النفقة عندنا خلافا له ولا خلاف في ان قرابة الولاد حرام القطع ولا خلاف أيضا في ان القرابة التي لا تحرم النكاح كقرابة بني الاعمام غير محرمة القطع فالشافعي يلحق هذه القرابة بقرابة بني الاعمام ونحن نلحقها بقرابة الولاد وجه قوله ان العتق انما يثبت بالقرابة لكون العتق صلة وكون القرابة مستدعية للصلة والاحسان الى القريب والعتق من أعلى الصلات فلا يثبت الا بأعلى القرابات وهي قرابة الولاد لما فيها من الجزئية والبعضية ولا يوجد ذلك في هذه القرابة فلا يلحق بها بل يلحق بالقرابة البعيدة وهي قرابة بني الاعمام ولهذا الحق بها في كثير من الاحكام وهي جريان القصاص في النفس والطرف وقبول الشهادة والحبس بالدين وجواز الاستئجار ونكاح الحليلة وعدم التكاتب ولنا ان قرابة الولاد انما أوجبت العتق عند الملك لكونها محرمة القطع وابقاء الملك في القريب يفضي الى قطع الرحم لان الملك نفسه من باب الذل والهوان فيورث وحشة وانها توجب التباعد بين القريبين وهو تفسير قطيعة الرحم وشرع السبب المفضي الى القطع مع تحريم القطع متناقض فلا يبقى الملك دفعا للتناقض فلا يبقى الرق ضرورة لانه لم يشرع بقاؤه في المسلم والذمي الا لاجل الملك المحترم للمالك المعصوم واذا زال الرق ثبت العتق ضرورة والقرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع لان النصوص المقتضية لحرمة قطع الرحم عامة أو مطلقة قال الله تبارك وتعالى واتقوا الله الذي تساءلون به والارحام معناه واتقوا الله الذي تساءلون به فلا تعصوه واتقوا الارحام فلا تقطعوها ويحتمل ان يكون معناه واتقوا الله وصلوا الارحام وقد روي في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال صلوا الارحام فانه أبقى لكم في الدنيا وخير لكم في الآخرة والامر بالوصل يكون نهيا عن القطع لانه ضده والامر بالفعل نهي عن ضده وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الرحم شجنة من الله تعالى معلقة بالعرش تقول يارب هذا مقام العائذ بك قطعت ولم أوصل فيقول الله تبارك وتعالى أما يكفيك اني شققت لك اسما من اسمي أنا الرحمن وأنت الرحم فمن وصلك وصلته ومن قطعك بتته ومثل هذا الوعيد لا يكون الا بارتكاب المحرم فدل ان قطع الرحم حرام والرحم هو القرابة سميت القرابة رحما اما باعتبار ان الرحم مشتق من الرحمة كما جاء في الحديث والقرابة سبب الرحمة والشفقة على القريب طبعا واما باعتبار العضو المخصوص من النساء المسمى بالرحم محل السبب الذي يتعلق به وجود القرابات فكان كل قرابة أو مطلق القرابة محرمة القطع بظاهر النصوص الا ما خص أو قيد بدليل ثم تخرج الاحكام أما جريان القصاص فلا يفضي الى قطع الرحم لان القصاص جزاء الفعل وجزاء الفعل يضاف الى الفاعل فكان الاخ القاتل أو القاطع هو قاطع الرحم فكأنه قتل نفسه أو قطع طرفه باختياره وكذا الحبس بالدين لانه جزاء المطل الذي هو جناية فكان مضافا اليه وأما الاجارة فهي عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بالمال وانه حصل باختياره فلا يفضي الى القطع الا انه لا يجوز استئجار الاب ابنه في الخدمة التي يحتاج اليها الاب لا لانه يفضي الى قطيعة الرحم بل لان ذلك يستحق على الابن شرعا فلا يجوز ان يستحق الاجر في مقابلته فلا يدخل في العقد ولو استأجر الابن أباه يصح ولكن يفسخ احتراما للاب ونحن نسلم ان للاب زيادة احترام شرعا يظهر في حق هذا وفي حق القصاص والحبس ولا كلام فيه وأما نكاح الحليلة فانه وان كان فيه نوع غضاضة لكن هذا النوع من الغضاضة غير معتبر في تحريم القطع فلان الجمع بين الاختين حرم للصيانة عن قطيعة الرحم ثم يجوز نكاح الاخت بعد طلاق أختها وانقضاء عدتها وان كان لا يخلو عن نوع غضاضة وأما التكاتب فعند أبي يوسف ومحمد يتكاتب الاخ كما في قرابة الولاد وعن أبي حنيفة فيه روايتان ثم نقول عدم تكاتب الاخ لا يفضي الى قطيعة الرحم لان ملكه لا يصلح للتكاتب لانه من باب الصلة والتبرع وملك المكاتب ملك ضروري لا يظهر في حق التبرع والعتق فاذا لم يتكاتب عليه لم يقدر الاخ على ازالة الذل عنه وهو الملك فلا يفضي الى الغضاضة بخلاف الولد لان ملك المكاتب وان كان ضروريا لم يشرع الا في حق حرية نفسه لكن

حرية أبيه وابنه في معنى حرية نفسه لان المرء يسعى لحرية أولاده وآبائه مثل ما يسعى لحرية نفسه فهو الفرق والله عز وجل أعلم وسواء كان المالك لذي الرحم المحرم بالغاً أو صبياً عاقلاً أو مجنوناً يعتق عليه اذا ملكه لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولانه علق الحكم وهو الحرية بالملك فيقتضى ان كل من كان من أهل الملك كان من أهل هذا الحكم والصبي والمجنون من أهل الملك فكانا من أهل هذا الحكم فان قيل ان الصبي العاقل اذا اشترى أباه يعتق عليه وشراء القريب اعتاق عند أصحابنا حتى تتأدى به الكفارة والصبي وان كان عاقلاً فليس من أهل الاعتاق فينبغي ان لا يعتق أو لا يكون الشراء اعتاقاً قيل ان كون شراء الاب اعتاقاً عرفناه بالنص وهو ما رويناه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه والنص قابل للتخصيص والتقييد وقد قام الدليل على ان الصبي ليس بمراد لانه ليس من أهل الاعتاق فلا يكون الشراء من الصبي وان كان عاقلاً اعتاقاً بل يكون تمليكاً فقط فيعتق عليه بالملك شرعاً لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر لا بالاعتاق ولو ملك حليلة ابنه أو منكوحة أبيه أو أمه من الرضاع لا يعتق عليه وكذا اذا ملك ابن العم أو العمة أو ابنها أو ابن الخال أو الخالة أو بنتهما لا يعتق لان شرط العتق ملك ذي رحم محرم فلا بد من وجودهما أعني الرحم المحرم ففي الاول وجد المحرم بلا رحم وفي الثاني وجد الرحم بلا محرم فلا يثبت العتق وأهل الاسلام وأهل الذمة في ذلك سواء لاستوائهم في حرمة قطع الرحم وأهلية الاعتاق وأهلية الملك ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر وولاء المعتق لمن عتق عليه لان العتق ان وقع بالشراء فالشراء اعتاق وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق وان وقع بالملك شرعاً فالملك للمعتق عليه فكان الولاء له ولو اشترى أمة وهي حبلى من أبيه والامة لغير الاب جاز الشراء وعتق ما في بطنها ولا تعتق الامة ولا يجوز بيعها قبل ان تضع ولده ان يبيعها اذا وضعت أما جواز الشراء فلا شك فيه لان شراء الاخ جائز كشراء الاب وسائر ذوي الرحم المحرم وأما عتق الحمل فلانه أخوه وقد ملكه فيعتق عليه ولا تعتق الام عليه لانها أجنبية عنه لعدم القرابة بينهما بحققه انه لو ملكها أبوه لا تعتق عليه فابنه أولى وأما عدم جواز بيعها ما دام الحمل قائماً فلان في بطنها ولداً حراً ولان بيع الحامل بدون الحمل لا يجوز ألا ترى انه لو باعها واستثنى الحمل يفسد البيع فاذا كان الولد حراً والحر لا يكون محلاً للبيع يصير كانه استثنى الولد واذا وضعت جاز بيعها لان المانع قد زال واذا ملك شقصاً من ذي رحم محرم منه عتق عليه قدر ما ملك في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد وزفر يعتق كله كما لو اعتق شقصاً من عبده أجنبي لان العتق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ ولو ملك رجلان ذا رحم محرم من أحدهما حتى عتق عليه فهذا لا يخلو اما ان ملكاه بسبب لهما فيه صنع واما ان ملكاه بسبب لا صنع لهما فيه فان ملكاه بسبب لهما فيه صنع بان ملكاه بالشراء أو بقبول الهبة أو الصدقة أو الوصية لا يضمن من عتق عليه لشريكه شيئاً موسراً كان أو معسراً في قول أبي حنيفة ولكن يسعى له العبد في نصيبه وعند أبي يوسف ومحمد يضمن الذي عتق عليه نصيبه ان كان موسراً وعلى هذا الخلاف اذا باع رجل نصف عبده من ذي رحم محرم من عبده أو وهبه له حتى عتق عليه لا يضمن المشتري نصيب البائع عند أبي حنيفة موسراً كان القريب أو معسراً ولكن يسعى العبد في نصف قيمته للبائع وعندهما يضمن ان كان موسراً وان كان معسراً يسعى العبد ولو قال الرجل لعبد ليس بقريب له ان ملكته فهو حر ثم اشتراه الحالف وغيره صفقة واحدة ذكر الجصاص أنه على هذا الخلاف أنه لا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وعندهما يضمن وذكر الكرخي أني لا أعرف الرواية في هذه المسئلة واجمعوا على أن العبد اذا كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه من قريب العبد حتى عتق عليه أن المشتري يضمن نصيب الشريك الساكت ان كان موسراً ولا يضمن البائع شيأ والكلام في هذه المسائل بناء على أن الاعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئاً عندهما وشراء القريب اعتاق فكان شراء نصيبه اعتاقاً لنصيبه واعتاق نصيبه اعتاق لنصيب صاحبه فيعتق كله كالعبد المشترك بين اثنين اعتقه أحدهما وهو موسر ولما كان متجزئاً عنده كان شراء نصيبه

اعتاقا لنصيبه خاصة فلم يكن افسادا لنصيب شريكه ولا تمليكا لنصيبه أيضا لان ذلك ثبت لضرورة تكميل الاعتاق لضرورة عدم التجزئة فاذا كان متجزئا عنده فلا ضرورة الى التكميل فلا حاجة الى التمليك والدليل عليه أنه لا ضمان اذا كان معسرا وضمان الاتلاف والتمليك لا يسقط بالاعسار وكان ينبغي أن لا يجب الضمان على الشريك المعتق الا انا عرفنا وجوب الضمان ثمة مخالفا للاصول بالنص نظرا للشريك الساكت وهو مستحق للنظر اذ لم يوجد منه الرضا بمباشرة الاعتاق من الشريك ولا بمباشرة شرطه وههنا وجد لان كل واحد من المشتريين راض بشراء صاحبه وكيف لا يكون راضيا به وأن شراء كل واحد منهما شرط لصحة شراء صاحبه حتى لو أوجب البائع لهما فقبل أحدهما دون صاحبه لم يصح وكذا البائع نصف عبده من ذي رحم محرم راض بشرائه ومن رضي بالضرر لا ينظر له فلم تكن هذه المواضع نظير المنصوص عليه فبقي الحكم فيها على الاصل بخلاف العبد المشترك بين اثنين باع أحدهما نصيبه من ذي رحم محرم منه لان هناك لم يوجد دليل الرضا من الشريك الساكت بشراء القريب أصلا حتى يوجب سقوط حقه في الضمان فكان في معنى المنصوص عليه فيلحق به ثم وجه الكلام لابي حنيفة على طريق الابتداء أنه وان سلم أن شراء نصيبه اعتاق لنصيبه وافساد لنصيب شريكه لكن هذا افساد مرضي به من جهة الشريك لانه رضي بشراء نفسه واثبات الملك له في نصيبه ولا يمكنه ذلك بدون شراء صاحبه لان الخلاف فيما اذا أوجب البائع البيع لهما صفقة واحدة فلا بد وأن يكون القبول موافقا للايجاب اذ البائع ما رضي الا به ألا ترى أنه لو قال بعت منكما فقبل أحدهما ولم يقبل الآخر لم يصح البيع فكان الرضا بشراء نفسه رضا بشراء صاحبه فكان شراء القريب افساد النصيب الشريك برضا الشريك فلا يوجب الضمان كما اذا كان العبد مشتركا بين اثنين فقال أحدهما لصاحبه اعتق نصيبك أو رضيت باعتاق نصيبك فعتق لا يضمن كذا هذا فان قيل هذه النكتة لا تمشي في الهبة فان أحدهما اذا قبل الهبة دون الآخر يثبت له الملك فلم يكن الرضا بقبول الهبة في نصيبه رضا بقبول صاحبه فلم يكن هذا افسادا مرضيا به من جهة الشريك وكذا لا تمشي فيما اذا لم يعلم الشريك الاجنبي أن شريكه قريب العبد لانه اذا لم يعلم به لم يعلم كون شراء الشريك اعتاقا لنصيبه فلا يعلم كونه افسادا لنصيب شريكه فلا يثبت رضاه بالافساد لان الرضا بالشيء بدون العلم به محال فالجواب أن هذا من باب عكس العلة لانه أراد الحكم مع عدم العلة وهذا تفسير العكس والعكس ليس بشرط في العلل الشرعية لجواز أن يكون لحكم واحد شرعي علل فنحن نفينا وجوب الضمان في بعض الصور بما ذكرنا ونبقيه في غيره بعلة أخرى ثم نقول أما فصل الهبة فنقول كل واحد منهما وان لم يكن قبوله شرط صحة قبول الآخر حتى ينفرد كل واحد منهما بالقبول لكنهما اذا قبلا جميعا كان قبولهما بمنزلة شيء واحد لانه جواب ايجاب واحد مثاله اذا قرأ المصلي آية واحدة قصيرة أو طويلة على الاختلاف يتعلق به الجواز ولو قرأ عشر آيات أو أكثر يتعلق الجواز بالكل ويجعل الكل كآية واحدة كذا هذا وأما فصل العلم فتخريجه على جواب ظاهر الرواية وهو أن عند أبي حنيفة لا يجب الضمان سواء علم أو لم يعلم وعندهما يجب علم أو لم يعلم نص عليه في الجامع الصغير اما على أصلهما فظاهر لان الضمان عندهما يجب مع العلم فمع الجهل أولى وأما على أصل أبي حنيفة فلان سقوط ضمان الاتلاف عند الاذن والرضا به لا يقف على العلم فان من قال لرجل كل هذا الطعام والآذن لا يعلم أنه طعام نفسه فأكله الرجل لا يستحق الضمان عليه وان لم يعلم به وهذا لان حقيقة العلم ليست بشرط في بناء الاحكام عليها بل المعتبر هو سبب حصول العلم والطريق الموصل اليه ويقام ذلك مقام حقيقة العلم كما يقام سبب القدرة مقام حقيقة القدرة وطريق حصول العلم ههنا في يده وهو السؤال والفحص عن حقيقة الحال فاذا لم يفعل فقد قصر فلا يستحق الضمان وروى بشر عن أبي يوسف أنه فصل بين العلم والجهل فقال ان كان الاجنبي يعرف ذلك فان العبد يعتق ويسعى للاجنبي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وان كان لا يعلم فهو بالخيار ان شاء نقض البيع وان شاء تم عليه وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ووجه هذه الرواية ان الشراء مع شركة الاب عيب فكان بمنزلة سائر العيوب أنه ان علم به المشتري يلزمه البيع كما في سائر العيوب وان لم يعلم به لم يلزمه مع العيب واذا لم يلزمه العقد

في

فى حق أحد الشريكين لم يلزم فى حق الآخر فلا يعتق العبد و يثبت للمشترى حق الفسخ وذكر فى الجامع الصغير لو
اشترى رجل نصف عبد ثم اشترى أب العبد النصف الباقى وهو موسر فالمشترى بالخيار بمنزلة عبد بين اثنين اعتقه
أحدهما فالمشترى بالخيار لانه لم يوجد من المشترى الاجنبى ما هو دليل الرضا فى سقوط الضمان عن الاب فلا يسقط
وروى عن أبى يوسف أنه قال لو أن عبدا اشترى نفسه هو وأجنبى من مولاه فالبيع باطل فى حصة الاجنبى لانه
اجتمع العتق والبيع فى عقد واحد فى زمان واحد لان بيع نفس العبد منه اعتاق على مال فلا يصح البيع بخلاف
الرجلين اشتريا ابن أحدهما أنه يصح وان اجتمع الشراء والعتق فى عقد واحد لان شراء القريب تملك فى الزمان الاول
واعتاق فى الزمان الثانى وأنه جائز لما بينا وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال ان ملكت من هذا العبد شيأ فهو حر ثم
اشتراه الحالف وأبوه صفقة واحدة عتق على الاب وهذا على أصله لان العتق عنده لا يتجزأ وقد اجتمع للعتق سببان
القرابة واليمين الا أن القرابة سابقة على اليمين فاذا ملكاه صار كان عتق الاب أسبق فيعتق النصيبان عليه ولهذا قال فى
رجل قال ان اشتريت فلانا أو بعضه فهو حر فادعى رجل آخر أن ابنه ثم اشترياه عتق عليهما ونصف ولائه للذى
أعتقه وهو ابن للذى ادعاه لان النسب ههنا لم يسبق اليمين فيعتق نصيب كل واحد منهما عليه وولاؤه بينهما لانه عتق
عليهما والولاء للمعتق وان ملك اثنان ذا رحم محرم من أحدهما بسبب لا صنع لهما فيه بان ورثا عبدا وهو قريب
أحدهما حتى عتق عليه لا يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا ولكن يسعى العبد فى نصف قيمته لشريكه فى
قولهم جميعا لان العتق ههنا ثبت بالملك شرعا من غير اعتاق من جهة أحد من العباد اذ لا صنع لاحد من العباد فى الارث
ووجوب الضمان على المرء يعتمد شرعا صنعا من جهته ولم يوجد من القريب فلا يضمن والله الموفق ومن هذا القبيل
ألفاظ النسب وذكرها لا يخلو اما أن يكون على وجه الصفة واما أن يكون على سبيل النداء فان ذكرها على طريق
الصفة بان قال لمملوكه هذا ابنى فهو لا يخلو اما ان كان يصلح ابنا له بان كان يولد مثله لمثله واما ان كان لا يصلح ولا يخلو اما
ان كان مجهول النسب أو معروف النسب من الغير فان كان يصلح ابنا له فان كان مجهول النسب يثبت النسب والعتق
بالاجماع وان كان معروف النسب من الغير لا يثبت النسب بلا شك ولكن يثبت العتق عندنا وعند الشافعى لا يثبت
العتق والاصل عنده أن العتق بناء على النسب فان ثبت النسب ثبت العتق والا فلا وان كان لا يصلح ابنا له فلا يثبت
النسب بلا شك وهل يعتق قال أبو حنيفة يعتق سواء كان مجهول النسب أو معروف النسب وقال أبو يوسف ومحمد
لا يعتق والاصل عندهما أن العتق مبنى على تصور النسب واحتمال ثبوته فان تصور ثبوته ثبت العتق والا فلا والاصل
عند أبى حنيفة أن ثبوت العتق لا يقف على ثبوت النسب ولا على تصور ثبوته وكذلك لو قال لمملوكته هذه بنتى فهو
على هذا التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنا فى الابن وجه قولهم أن العتق لو ثبت لا يخلو اما ان ثبت
ابتداء أو بناء على ثبوت النسب لا وجه للاول لانه لم يوجد الاعتاق ابتداء ولا سبيل للثانى أما عند الشافعى
فلان النسب لم يثبت فى المسئلتين جميعا فلا يثبت العتق بناء عليه وأما عندهما فلان فى المسئلة الثانية لا يتصور ثبوت
النسب فلا يثبت العتق وفى المسئلة الاولى يتصور ثبوت النسب منه حقيقة بالزنا والاشتهار من غيره بناء على
النسب الظاهر فيعتق ولابى حنيفة أن كلام العاقل المتدين يحمل على الصحة والسداد ما أمكن لاعتبار عقله
ودينه دلالة وأمكن تصحيح هذا الكلام من وجهين الكناية والمجاز أما الكناية فلوجود طريق الكناية فى اللغة
وهو الملازمة بين الشيئين أو المجاورة بينهما غالبا على وجه يكون بينهما تعلق الوجود به أو عنده أو تعلق البقاء وتكون
الكناية كالتابع للمكنى والمكنى هو المقصود فيترك اسم الاصل صريحا ويكنى عنه باسم الملازم اياه التابع له كما فى
قوله عز وجل أو جاء أحد منكم من الغائط والغائط اسم للمكان الخالى المطمئن من الارض كنى به عن الحدث لملازمة
بين هذا المكان وبين الحدث غالبا وعادة اذ العادة ان الحدث يوجد فى مثل هذا المكان تسترا عن الناس وكذا
الاستنجاء والاستجمار كناية عن تطهير موضع الحدث اذ الاستنجاء طلب النجو والاستجمار طلب الجمار

وكذا العرب تقول مازلنا نطأ السماء حتى أتينا كم أى نطأ المطر اذا المطر ينزل من السماء ونحو ذلك من مواضع الاستعمال والبنوة فى الملك ملازمة للحرية فجاز ان يكنى بقوله هذا ابنى عن قوله هذا معتق وذكر الصريح والكناية فى الكلام سواء ولو صرح فقال هذا معتق عتق فكذا اذا كنى به وأما المجاز فلان من طرقه المشابهة بين الذاتين فى المعنى الملازم المشهور فى محل الحقيقة فيطلق اسم المستعار عنه على المستعار له لاظهار المعنى الذى هو ظاهر فى المستعار عنه خفى فى المستعار له كما فى الاسد مع الشجاع والحمار مع البليد ونحو ذلك وقد وجد هذا الطريق ههنا من وجهين أحدهما ان الابن فى اللغة اسم للمخلوق من ماء الذكر والانثى وفيه معنى ظاهر لازم وهو كونه منعما عليه من جهة الاب بالاحياء لاكتساب سبب وجوده وبقائه بالتربية والمعتق منعم عليه من جهة المعتق اذ الاعتاق انعام على المعتق وقال الله عز وجل واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل فى التفسير أنعم الله تعالى عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فكان بينهما مشابهة فى هذا المعنى وأنه معنى لازم مشهور فيجوز اطلاق اسم الابن على المعتق مجاز الاظهار نعمة العتق كاطلاق اسم الاسد على الشجاع والحمار على البليد والثانى ان بين معتق الرجل وبين ابنه الداخل فى ملكه مشابهة فى معنى الحرية وهو معنى لازم للابن الداخل فى ملكه بحيث لا ينفك عنه وانه مشهور فيه فوجد طريق الاستعارة فصحت الاستعارة وقد خرج الجواب عن قولهم ان العتق اما ان ثبت ابتداء أو بناء على النسب لانا نقول ابتداء لكن باحد الطريقين وهو الكناية أو المجاز على ما بينا ولا يلزم على أبى حنيفة ما اذا قال لامرأته هذه بنتى ومثله لا يلد مثلها انه لا تقع الفرقة بينهما لان اقراره بكونها بنتا له ينفى النكاح لاجل النسب وههنا لم يثبت النسب فلا ينتفى النكاح فاما ثبوت العتق فليس يقف على ثبوت النسب والدليل على التفرقة بين المسئلتين انه لو قال لزوجته وهى معروفة النسب من الغير هذه بنتى لم تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى معروفة النسب تعتق وما افترقا الا لما قلنا وكذا لو قال لزوجته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت لا تقع الفرقة ولو قال لامته هذه بنتى وهى تصلح بنتا له ثم قال أوهمت أو أخطأت يقع العتق فدل على التفرقة بينهما وكذلك لو قال هذا أبى فان كان يصلح أبا له وليس للقائل أب معروف يثبت النسب والعتق بلا خلاف وان كان يصلح أبا له ولكن للقائل أب معروف لا يثبت النسب ويعتق عندنا خلافا للشافعى وان كان لا يصلح أبا له لا يثبت النسب بلا شك ولكن يعتق عند أبى حنيفة وعندهما لا يعتق وكذلك لو قال هذه أمى فالكلام فيه كالكلام فى الاب وأما الكلام فى الحرية بان كان المملوك أمة ففى كل موضع يثبت النسب تثبت الحرية والا فلا ولو قال لعبده هذه بنتى أو قال لامته هذا ابنى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق وقال بعضهم لا يعتق ولو قال لمملوكه هذا عمى أو خالى يعتق بلا خلاف بين أصحابنا ولو قال هذا أخى أو أختى ذكر فى الاصل انه لا يعتق بخلاف قوله هذا ابنى أو أبى أو عمى أو خالى وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يعتق كما فى قوله عمى أو خالى وجه هذه الرواية انه وصف مملوكه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه فيعتق عليه كما اذا قال هذا عمى أو خالى وجه رواية الاصل ان قوله هذا أخى يحتمل تحقيق العتق ويحتمل الاكرام والتخفى به لانه يستعمل فى ذلك عرفا وشرعا قال الله تعالى فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم فلا يحمل على العتق من غير نية بخلاف اسم الخال والعم فانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وعادة فلا يقال هذا خالى أو عمى على ارادة الاكرام فكان ذكره للتحقيق وبخلاف قوله هذا ابنى أو هذا أبى لانه لا يستعمل فى الاكرام عرفا وشرعا وقد منع الشرع من ذلك قال الله تعالى وما جعل أدعياءكم أبناءكم وقال سبحانه وتعالى أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا آباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وروى انهم كانوا يسمون زيد بن حارثة زيد بن محمد فنزل قوله تعالى ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين فكفوا عن ذلك وان لم يكن مستعملا فى الاكرام يحمل على التحقيق وأما النداء فهو ان يقول يا ابنى يا أبى يا ابنتى يا أمى يا خالى يا عمى أو يا أختى أو يا أخى على رواية الحسن لا يعتق فى هذه الفصول لان الغرض بذكر اسم النداء هو استحضار المنادى لا تحقيق معنى الاسم فيه الا اذا كان الاسم موضوعا له على ما بينا

فاحتمل انه أراد به النداء على طريق الاكرام دون تحقيق العتق فلا يحمل على العتق من غير نية ولو قال لعبده يا ابن
أو لامته يا بنة لا يعتق لعدم الاضافة الى نفسه ولو قال يا بنى أو يا بنية يعتق لوجود الاضافة وأما الكناية فنحو قوله
لا سبيل لى عليك أو لا ملك لى عليك أو خليت سبيلك أو خرجت من ملكى فان نوى العتق يعتق والا فلا لان كل
واحدة من هذه الالفاظ يحتمل العتق ويحتمل غيره فان قوله لا سبيل لى عليك يحتمل سبيل اللوم والعقوبة أى ليس لى
عليك سبيل اللوم والعقوبة لوفائك بالخدمة والطاعة ويحتمل لا سبيل لى عليك لانى كاتبتك فزالت يدى عنك
ويحتمل لا سبيل لى عليك لانى أعتقتك فلا يحمل على العتق الا بالنية ويصدق اذا قال عنيت به غير العتق الا اذا قال
لا سبيل لى عليك الا سبيل الولاء فانه يعتق فى القضاء ولا يصدق انه أراد به غير العتق لانه نفى كل سبيل وأثبت سبيل
الولاء واطلاق الولاء يراد به ولاء العتق وذلك لا يكون الا بعد العتق ولو قال الا سبيل الموالاة دين فى القضاء لان
مطلق الموالاة يراد بها الموالاة فى الدين أو يستعمل فى ولاء الدين وولاء العتق فأى ذلك نوى يصدق فى القضاء وقوله
لا ملك لى عليك يحتمل ملك اليد أى كاتبتك فزالت يدى عنك ويحتمل لا ملك لى عليك لانى بعتك ويحتمل لا ملك لى
عليك لانى أعتقتك فتقف على النية وقوله خليت سبيلك يحتمل سبيل الاستخدام أى لا أستخدمك ويحتمل
أعتقتك ولو قال له أمرك بيدك أو قال له اختر وقف على النية لانه يحتمل العتق وغيره فكان كناية ولو قال له أمر عتقك
بيدك او جعلت عتقك فى يدك أو قال له اختر العتق أو خيرتك فى عتقك أو فى العتق لا يحتاج فيه الى النية لانه صريح
ولكن لا بد من اختيار العبد العتق ويقف على المجلس لانه تمليك وقوله خرجت عن ملكى يحتمل ملك التصرف
فيكون بمعنى كاتبتك ويحتمل اعتقتك ولو قال لمملوكه نسبك حر او أصلك حر فان كان يعلم أنه سبى لا يعتق وان لم يكن
سبى يعتق لان الاصل ان حرية الابوين تقتضى حرية الولد لان المتولد من الحرين يكون حرا الا ان حرية المسبى
بطلت بالسبى فبقى الحكم فى غير المسبى على الاصل ولو قال لعبده أنت لله تعالى لم يعتق فى قول أبى حنيفة وقال أبو
يوسف ان نوى العتق يعتق وجه قوله ان قوله لله تعالى يحتمل ان يكون بيان جهة القربة للاعتاق المحذوف فاذا نوى
العتق يعتق كما لو قال أنت حر لله ولابى حنيفة ان الاعتاق اثبات صفة للمملوك لم تكن ثابتة قبل الاعتاق لانه اثبات
العتق ولم يوجد لان كونه لله تعالى كان ثابتا قبل الاعتاق فلم يكن ذلك اعتاقا فلا يعتق ولو قال له أنت عبد الله لم يعتق بلا
خلاف أما على قول أبى حنيفة فظاهر لما ذكرنا ان الاعتاق انشاء العتق فيقتضى ان لا يكون ثابتا قبله وكونه عبد الله
صفة ثابتة له قبل هذه المقالة وأما على قول أبى يوسف فلان قوله عبد الله لا يحتمل ان يكون جهة القربة للاعتاق وقوله لله
تعالى يحتمل ذلك وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده قد جعلتك لله تعالى فى صحته أو مرضه وقال لم أنو العتق
ولم يقل شيأ حتى مات قبل ان يبين لا يعتق وان نوى العتق عتق وكذلك اذا قال هذا فى مرضه فمات قبل ان يبين فهو
عبد أيضا لانه يحتمل انه أراد بهذا اللفظ النذر ويحتمل انه أراد به العتق فلا يعتق الا بالنية ولا يلزم الورثة بعد الموت
الصدقة لان النذر يسقط بالموت عندنا وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لامته أطلقتك يريد به العتق تعتق لان
الاطلاق ازالة اليد والمرء يزيل يده عن عبده بالعتق وبغير العتق بالكتابة فاذا نوى به العتق تعتق كما لو قال
لها خليت سبيلك ولو قال لها طلقتك يريد به العتق لا تعتق عندنا لما نذكر ولو قال فرجك على حرام
يريد العتق لم تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان كما لو اشترى أخته من الرضاعة أو جارية قد وطئ
أمها أو بنتها أو جارية مجوسية انها لا تعتق وروى عن أبى يوسف انه قال اذا قال لعبده أنت ح ر أ وقال
لزوجته أنت ط ا ل ق فهجى ذلك هجاء ان نوى العتق أو الطلاق وقع لانه يفهم من هذه
الحروف عند انفرادها ما يفهم عند التركيب والتأليف الا انها ليست بصريحة فى الدلالة على المعنى لانها عند انفرادها
لم توضع للمعنى فصارت بمنزلة الكناية فتقف على النية وأما ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على العتق فالكتابة المستبينة
لانها فى الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ الا أن فيها ضرب استتار وابهام لان الانسان قد يكتب ذلك لارادة العتق وقد

يكتب لتجويد الخط فلتحق بسائر الكنايات فافتقر الى النية والكلام فى هذا كالكلام فى الطلاق وقد ذكرناه فى الطلاق وكذا الاشارة من الاخرس اذا كانت معلمة مفهومة المراد لانها فى الدلالة على المراد فى حقه كالعبارة فى الطلاق والاصل فى قيام الاشارة مقام العبارة قوله تعالى خطابا لمريم عليها السلام فقولى انى نذرت للرحمن صوما أى صمتا وامساكا وذلك على الاشارة لا على القول منها وقد سماها الله تعالى قولا فدل أنها تعمل عمل القول وأما الالفاظ التى لا يقع بها العتق أصلا نوى أو لم ينو فنحو أن يقول لعبده قم أو اقعد أو اسقنى ونوى به العتق لان هذه الالفاظ لا تحتمل العتق فلا تصح فيها نية العتق وكذا لو قال لا سلطان لى عليك لان السلطنة عبارة عن نفاذ المشيئة على وجه القهر فانتفاؤها لا يقتضى انتفاء الرق كالمكاتب فلا يقتضى العتق بخلاف قوله لا سبيل لى عليك لانه نفى السبل كلها ولا ينتفى السبيل عليها مع قيام الرق ألا ترى أن للمولى على مكاتبه سبيل المطالبة ببدل الكتابة وكذا السلطان يحتمل الحجة أيضا فقوله لا سلطان لى عليك أى لا حجة لى عليك وانتفاء حجته على عبده لا يوجب حريته وكذا لو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله تعالى يريد به العتق أو قال له أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أو قال لامته أنت طالق أو طلقتك أو أنت بائن أو ابنتك أو أنت على حرام أو حرمتك أو أنت خلية أو برية أو بتة أو اذهبى أو اخرجى أو اعزبى أو تقنعى أو استبرئى أو اختارى ونوى العتق فاختارت وغير ذلك مما ذكرنا فى الطلاق وهذا عندنا وعند الشافعى يقع العتق بها اذا نوى ولقب المسئلة أن صريح الطلاق وكنايته لا يقع بها العتاق عندنا خلافا له وجه قوله أن قوله لمملوكته أنت طالق أو طلقتك اثبات الانطلاق أو ازالة القيد وانه نوعان كامل وذلك بزوال الملك والرق وهو تفسير العتق وناقص وذلك بزوال اليد لا غير كما فى المكاتب والمأذون فاذا نوى به العتق فقد نوى أحد النوعين فنوى ما يحتمله كلامه فصحت نيته ولهذا اذا قال لزوجته أنت حرة ونوى به الطلاق طلقت كذا هذا ولنا أن هذه الالفاظ المضافة الى المملوك عبارات عن زوال يد المالك عنه أما قوله أنت طالق فلان الطلاق عبارة عن رفع القيد والقيد عبارة عن المنع عن العمل لا عن الملك والمانع يد المالك فرفع المانع يكون بزوال يده وزوال يد المالك عن المملوك لا يقتضى العتق كالمكاتب وكذا قوله اذهب حيث شئت أو توجه الى أين شئت لانه عبارة عن رفع اليد عنه وانه لا ينفى الرق كالمكاتب وبه تبين أن القيد ليس بمتنوع بل هو نوع واحد وزواله عن المملوك لا يقتضى زوال الملك كالمكاتب وكذا قوله أنت بائن أو ابنتك لانه ينبئ عن الفصل والتبعيد وكذا التحريم يجامع الرق كالاخت من الرضاعة والامة المجوسية ونحو ذلك بخلاف قوله لامرأته أنت حرة لان التحريم تخليص والقيد ثبوت فينافيه ولان ملك اليمين لا يثبت بلفظ النكاح وملك النكاح لا يزول الملك عنه بلفظ الطلاق كسائر الاعيان وهذا لان الطلاق رفع ما يثبت بالنكاح فاذا لم يثبت ملك اليمين بلفظ النكاح لا يتصور رفعه بلفظ الطلاق بخلاف قوله لامرأته أنت حرة ونوى به الطلاق لان ملك المتعة لا يختص ثبوته بلفظ النكاح فانه كما يثبت بغير النكاح يثبت بغيره من الشراء وغيره فلا يختص زواله بلفظ الطلاق ألا ترى أنه يزول بردة المرأة وكذا بشرائها بان اشترى الزوج امرأته فجاز أن يزول بلفظ التحرير ولو قال لعبده رأسك رأس حر أو بدنك بدن حر أو فرجك فرج حر لم يعتق لان هذا تشبيه لكن بحذف حرف التشبيه وانه جائز من باب المبالغة قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب أى كمر السحاب وقال الشاعر

وعيناك عيناها وجيدك جيدها * سوى أن عظم الساق منك دقيق

فتشبيه الشئ بالشئ لا يقتضى المشاركة بينهما فى جميع الصفات وهذا معنى قولهم كلام التشبيه لا عموم له قال الله عز وجل كأنهن الياقوت والمرجان وقال تعالى كأنهن بيض مكنون فلا يعتق ولو نوى فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر وفرجك فرج حر فهو حر لان هذا ليس بتشبيه بل هو وصف وقد وصف جملة أو ما يعبر به عن جملة بالحرية فيعتق ولو قال ما أنت الا مثل الحر أو أنت مثل الحر لم يعتق فى القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى كذا ذكر فى الاصل

لان هذا تشبيه بحرف التشبيه والتشبيه لا يقتضى المشاركة فى جميع الصفات بخلاف قوله ما أنت الا حر لان ذاك ليس بتشبيه بل هو تحرير لانه نفى وأثبت والنفى ما زاده الا تأكيدا كقول القائل لغيره ما أنت الا فقيه وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال كل مالى حر وله عبيد لم يعتقوا لانه جمع بين العبيد وغيرهم من الاموال ووصف الكل بالحرية بقوله كل مالى حر ومعلوم أن غير العبيد من الاموال لا يحتمل الوصف بالحرية التى هى العتق فينصرف الوصف بالحرية الى الحرية التى يحتملها الكل وهى أن تكون جميع أمواله خالصة صافية له لا حق لاحد فيها فلا تعتق عبيده والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فانواع بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع الى المعتق خاصة و بعضها يرجع اليهما جميعا و بعضها يرجع الى نفس الركن أما الذى يرجع الى المعتق خاصة فمنها أن يكون عاقلا حقيقة أو تقديرا حتى لا يصح الاعتاق من الصبى الذى لا يعقل والمجنون كما لا يصح الطلاق منهما وأما المجنون الذى يجن فى حال و يفيق فى حال فما يوجد منه فى حال افاقته فهو فيه بمنزلة سائر العقلاء وما يوجد منه فى حال جنونه فهو بمنزلة المجنون المطبق اعتبارا للحقيقة وأما السكران فاعتاقه كطلاقه وقد مر ذلك فى كتاب الطلاق ومنها أن لا يكون معتوها ولا مدهوشا ولا مبرسما ولا مغمى عليه ولا نائما حتى لا يصح الاعتاق من هؤلاء كما لا يصح الطلاق منهم لما ذكرنا فى الطلاق ومنها أن يكون بالغا فلا يصح الاعتاق من الصبى وان كان عاقلا كما لا يصح الطلاق منه ولو قال رجل اعتقت عبدى وأنا صبى أو قال وأنا نائم كان القول قوله والاصل فيه أنه اذا أضاف الاعتاق الى حال معلوم الكون وهو ليس من أهل الاعتاق فيها يصدق بان قال أعتقته وأنا صبى أو وأنا نائم أو مجنون وقد علم جنونه أو وأنا حربى فى دار الحرب على أصل أبى حنيفة ومحمد وقد علم ذلك منه لانه اذا أضاف الاعتاق الى زمان لا يتصور منه الاعتاق علم ان أراد به صيغة الاعتاق لا حقيقة الاعتاق فلم يصر معترفا بالاعتاق ولو قال أعتقته وأنا مجنون ولم يعلم له جنون لا يصدق لانه اذا أضافه الى حالة لا يتيقن وجودها فالظاهر أنه أراد الرجوع عما أقر به فلا يقبل منه ولو قال أعتقته قبل أن أخلق أو قبل أن يخلق لا يعتق لان زمان ما قبل انخلاقه وانخلاق العبد معلوم فقد أضاف الاعتاق الى زمان معلوم الكون ولا يتصور منه فيه الاعتاق فلا يعتق وأما كونه طائعا فليس بشرط عندنا خلافا للشافعى والمسئلة مرت فى كتاب الطلاق وكونه جادا ليس بشرط بالاجماع حتى يصح اعتاق الهازل وكذا كونه عامدا حتى يصح اعتاق الخاطئ لما ذكرنا فى الطلاق وكذا التكلم باللسان ليس بشرط فيصح الاعتاق بالكتابة المستبينة والاشارة المفهومة وكذا الخلو عن شرط الخيار ليس بشرط فى الاعتاق بعوض و بغير عوض اذا كان الخيار للمولى حتى يقع العتق و يبطل الشرط أما اذا كان بغير عوض فظاهر لان ثبوت الخيار لفائدة الفسخ والاعتاق بغير العوض لا يحتمل الفسخ وكذا ان كان بعوض لان العوض من جانب المولى هو العتق وانه لا يقبل الفسخ فلا معنى للخيار فيه وان كان الخيار للعبد فخلوه عن خياره شرط صحته حتى لو رد العبد العقد فى مدة الخيار فينفسخ العقد ولا يعتق لان العوض فى جانبه هو المال فكان محتملا للفسخ فيصح شرط الخيار فيه كما فى الطلاق على مال وقد ذكرناه فى كتاب الطلاق وعلى هذا الصلح من دم العمد بشرط الخيار وان الخيار ان كان مشروطا للمولى يبطل الخيار و يصح الصلح لان الخيار لثبوت الفسخ والذى من جانب المولى وهو العفو لا يحتمل الفسخ وان كان الخيار للقاتل جاز لان ما هو العوض من جانبه وهو المال قابل للفسخ ثم اذا اجاز الخيار وفسخ القاتل العقد هل يبطل العفو فالقياس أن يبطل لأنه تعلق بشرط المال ولم يسلم المال وفى الاستحسان لا يبطل و يلزم القاتل الدية كذا روى عن محمد أما صحة العفو وسقوط القصاص فلان عفو الولى يصير شبهة والقصاص يسقط بالشبهات وأما وجوب الدية فلان الولى لم يرض باسقاطه بغير عوض ولا عوض الا الدية اذ هى قيمة النفس ثم فرق بين الاعتاق على مال و بين الكتابة فانه يجوز فيها شرط الخيار للمولى لانها عقد معاوضة يلحقها الفسخ فيجوز شرط الخيار فى طرفيها كالبيع بخلاف الاعتاق على مال والله عز وجل

الموفق وكذا اسلام المعتق ليس بشرط فيصح الاعتاق من الكافر الا ان اعتاق المرتد لا ينفذ فى الحال فى قول أبى حنيفة بل هو موقوف وعندهما نافذ واعتاق المرتد نافذ بلا خلاف والمسألة نذكرها فى كتاب السير ان شاء الله تعالى وكذا صحة المعتق فيصح الاعتاق من المريض مرض الموت لان دليل الجواز لا يوجب الفصل الا ان الاعتاق من المريض يعتبر من الثلث لانه يكون وصية ومنها النية فى أحد نوعى الاعتاق وهو الكناية دون الصريح ويستوى فى صريح الاعتاق وكناياته ان يكون ذلك بمباشرة المولى بنفسه على طريق الاصالة أو بغيره على طريق النيابة عن المولى باذنه وأمره وذلك أنواع ثلاثة تفويض وتوكيل ورسالة فالتفويض هو التخيير والامر باليد صريحا وكناية على ما بينا والامر بالاعتاق كقوله اعتق نفسك وقوله أنت حر ان شئت والتوكيل هو ان يأمر غيره بالاعتاق بان يقول لغيره اعتق عبدى فلانا من غير التقييد بالمشيئة والرسالة معروفة وقد فسرناها فى كتاب الطلاق والحكم فى هذه الفصول فى العتاق كالحكم فيها فى الطلاق وقد استوفينا الكلام فيها فى كتاب الطلاق بتوفيق الله عز وجل ومنها عدم الشك فى الاعتاق وهو شرط الحكم بثبوت العتق فان كان شاكا فيه لا يحكم بثبوته لما ذكرنا فى الطلاق وأما الذى يرجع الى المعتق خاصة فنوعان أحدهما الاضافة فمنها ان يكون المضاف اليه العتق موجودا بيقين فان لم يكن لم تصح الاضافة بان قال لجارية مملوكة له حمل هذه الجارية حر أو ما فى بطن هذه الجارية حر فان ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت التكلم عتق وان ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر من وقت اليمين تيقنا بوجوده فى ذلك الوقت لان المرأة لا تلد لاقل من ستة أشهر فان ولدت واحدا لاقل منها بيوم ثم ولدت آخر لاكثر منها بيوم عتقا جميعا لان الاول عتق لكونه فى البطن يوم الكلام فاذا عتق الاول عتق الثانى لانهما توأمان وأما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا من وقت التكلم فلا نستيقن بوجوده وقت التكلم لاحتمال حدوثه بعد ذلك فوقع الشك فى ثبوت الحرية فلا تثبت مع الشك ومنها الاضافة الى بدن المعتق أو الى جزء جامع منه وهو الذى يعبر به عن جميع البدن او الى جزء شائع عندنا خلافا للشافعى حتى لو أضاف الى جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن لا يصح عندنا وعنده يصح كما فى الطلاق غير انه اذا أضاف العتق الى جزء شائع منه لا يعتق كله عند ابى حنيفة وانما يعتق قدر ما أضاف اليه لا غير وعند ابى يوسف ومحمد يعتق كله وفى الطلاق تطلق كلها بلا خلاف بناء على ان العتق يتجزأ عند أبى حنيفة وعندهما لا يتجزأ والطلاق لا يتجزأ بالاجماع فأبو حنيفة يحتاج الى الفرق بين الطلاق والعتاق ووجه الفرق له ان ملك النكاح لا يراد به الا الوطء والاستمتاع وذلك لا يتحقق فى البعض دون البعض فلا يكون اثبات حكم الطلاق فى البعض دون البعض مفيدا فلزم القول بالتكامل فاما ملك اليمين فلم يوضع للاستمتاع والوطء فانه يثبت مع حرمة الوطء والاستمتاع كالامة المجوسية والمحرمة بالرضاع والمصاهرة وانما وضع للاسترباح أو الاستخدام وذلك يتحقق مع قيام الملك فى البعض دون البعض فكان ثبوت العتق فى البعض دون البعض مفيدا فهو الفرق فلا ضرورة الى التكامل واما كون المضاف اليه العتق معلوما فليس بشرط لصحة الاضافة عند عامة العلماء فيصح اضافته الى المجهول بان قال لعبديه أحدكما حر او قال هذا حر أو هذا أو قال ذلك لامتيه وقال نفاة القياس شرط حتى لا تصح الاضافة الى المجهول عندهم والكلام فى العتاق على نحو الكلام فى الطلاق وقد ذكرناه فى كتاب الطلاق وسواء كانت الجهالة مقارنة أو طارئة بان عتق واحدا من عبيده عينا ثم نسى المعتق لما ذكرنا فى كتاب الطلاق ومنها قبول العبد فى الاعتاق على مال فما لم يقبل لا يعتق ومنها المجلس وهو مجلس الاعتاق ان كان العبد حاضرا ومجلس العلم ان كان غائبا لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى وأما الذى يرجع اليهما جميعا فهو الملك اذ المالك والمملوك من الاسماء الاضافية والعلاقة التى تدور عليها الاضافة من الجانبين هى الملك فكون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته فيحتاج فى هذا الفصل الى بيان كون المعتق مملوك المعتق رقبة وقت ثبوت العتق شرط ثبوته والى بيان انه هل يشترط ان يكون مملوكه وقت الاعتاق وهو التكلم بالعتق أم لا والى بيان من

يدخل

يدخل تحت مطلق اسم المملوك فى الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل أما الاول فالدليل على اعتبار هذا الشرط قول النبي صلى الله عليه وسلم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم ولان زوال ملك المحل شرط ثبوت العتق فيه ولا بد للزوال من سابقة الثبوت وعلى هذا يخرج اعتاق عبد الغير بغير اذنه اذ لا ينفذ لعدم الملك ولكن يتوقف على اجازة المالك عندنا وعند الشافعى لا يتوقف وهى مسئلة تصرفات الفضولى وموضعها كتاب البيوع وكذ العبد المأذون لا يملك الاعتاق وكذا المكاتب لانعدام ملك الرقبة وكذا لو اشترى العبد المأذون أو المكاتب ذا رحم منه لا يعتق عليه لما قلنا ولو اشترى العبد المأذون ذا رحم محرم من مولاه فان لم يكن عليه دين مستغرق لرقبته عتق عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فقد ملكه المولى فيعتق عليه كما لو اشتراه بنفسه وان كان عليه دين مستغرق لرقبته لا يعتق عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يعتق بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده وعندهما يملك وهى من مسائل المأذون ولو اشترى المكاتب ابنه من مولاه أو ذا رحم محرم من مولاه لم يعتق فى قولهم جميعا لان المولى لم يملكه لانه من كسب المكاتب والمولى لا يملك اكساب مكاتبه فلا يعتق ولو اشترت المكاتبة ابنها من سيدها عتق لان اعتاق المولى ينفذ فى المكاتبة وولدها فيعتق من طريق الحكم لا لاجل النسب ويجوز اعتاق المولى المكاتب والعبد المأذون والمشترى قبل القبض والمرهون والمستأجر لقيام ملك الرقبة وكذا العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا أعتقه الموصى له بالرقبة لما قلنا وعلى هذا الاصل تخرج قول أبى يوسف فى الحربى اذا أعتق عبدا حربيا له فى دار الحرب انه يعتق لقيام الملك وأما عند أبى حنيفة ومحمد فلا يعتق ولا خلاف فى انه اذا أعتقه وخلى سبيله يعتق منهم من قال لا خلاف فى العتق انه يعتق وانما الخلاف فى الولاء انه هل يثبت منه أم لا ذكر الطحاوى عن أبى حنيفة ان للعبد ان يوالى من شاء ولا يكون ولاؤه للمعتق والصحيح ان الخلاف ثابت فى العتق فانهم قالوا فى الحربى اذا دخل الينا ومعه مماليك فقال هم مدبرون انه لا يقبل قوله وان قال هم أولادى أوهن أمهات أولادى قبل قوله فهذا يدل على ان التدبير لا يثبت فى دار الحرب ورواية الطحاوى عن ابى حنيفة محمولة على ما اذا خرج الى دار الاسلام واذا خرج الى دار الاسلام فلا ولاء له عليه عندهما لانه لم يعتق باعتاقه وانما عتق بخروجه الى دار الاسلام وعند أبى يوسف عتق باعتاق مولاه له وجه قول أبى يوسف فى مسئلة العتق انه أعتق ملك نفسه فيعتق كما لو باعه وكما لو كان فى دار الاسلام فاعتق عبده الحربى أو مسلما أو ذميا وكالمسلم اذا أعتق عبده المسلم فى دار الحرب ولا شك انه أعتق ملك نفسه لان أموال أهل الحرب املاك لهم حقيقة الا ترى انهم يرثون ويورث عنهم ولو كانت جارية يصح من الحربى استيلادها الا انه ملك غير معصوم ولهما ان اعتاق الحربى عبده الحربى فى دار الحرب بدون التخلية لا يفيد معنى العتق لان العتق عبارة عن قوة حكمية تثبت للمحل يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه وهذا لا يحصل بهذا الاعتاق بدون التخلية لان يده عليه تكون قائمة حقيقة وملك أهل الحرب فى دار الحرب فى ديانتهم بناء على القهر الحسى والغلبة الحقيقية حتى ان العبد اذا قهر مولاه فيستولى عليه ملكه واذا لم توجد التخلية كان تحت يده وقهره حقيقة فلا يظهر معنى العتق هذا معنى قول المشايخ معتق بلسانه مسترق بيده بخلاف ما اذا أعتق فى دار الاسلام لان يد الاستيلاء والتملك تنقطع بثبوت العتق فى دار الاسلام فيظهر معنى العتق وهو القوة الدافعة يد الاستيلاء وبخلاف المسلم اذا أعتق عبده المسلم فى دار الحرب لان المسلم لا يدين الملك بالاستيلاء والغلبة الحقيقية ولو كان عبده حربيا فاعتقه المسلم فى دار الحرب يعتق من غير تخلية استحسانا والقياس أن لا يعتق عندهما كالحربى اذا أعتق عبده الحربى فى دار الحرب ومنهم من جعل المسئلة على الاختلاف وعلى هذا الخلاف اذا ملك الحربى فى دار الحرب ذا رحم محرم منه انه لا يعتق عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يعتق لان ملك القريب يوجب العتق فكان الخلاف فيه كالخلاف فى الاعتاق وأما الثانى فالاعتاق لا يخلو إما أن يكون تنجيزا وإما أن يكون تعليقا بشرط وإما أن يكون اضافة الى وقت فان كان تنجيزا يشترط قيام الملك وقت وجوده لان التنجيز اثبات

العتق للحال ولا عتق بدون الملك وان كان تعليقا فالتعليق فى الاصل نوعان تعليق محض ليس فيه معنى المعاوضة وتعليق فيه معنى المعاوضة فيكون تعليقا من وجه ومعاوضة من وجه والتعليق المحض نوعان أيضا تعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط وتعليق بالملك أو بسبب الملك وكل واحد منهما على ضربين تعليق صورة ومعنى وتعليق معنى لا صورة فيقع الكلام فى الحاصل فى موضعين أحدهما فى بيان أنواع التعليق ما يشترط لصحته قيام الملك وقت وجوده ومالا يشترط والثانى فى بيان ما يظهر به وجود الشرط أما الاول فالتعليق المحض بما سوى الملك وسببه من الشروط فنحو التعليق بدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك بأن يقول لعبده ان دخلت الدار فأنت حر أوان كلمت فلانا أواذا قدم فلان ونحو ذلك فانه تعليق صورة ومعنى لوجود حرف التعليق والجزاء وهذا النوع من التعليق لا يصح الا فى الملك حتى لو قال لعبد لا يملكه ان دخلت الدار فأنت حر ثم اشتراه فدخل الدار لا يعتق لان تعليق العتق بالشرط ليس الا اثبات العتق عند وجود الشرط لامحالة ولا عتق بدون الملك ولا يوجد الملك عند وجود الشرط الا اذا كان موجودا عند التعليق لان الظاهر بقاؤه الى وقت الشرط واذا لم يكن موجودا وقت التعليق كان الظاهر عدمه عند وجود الشرط فلا يثبت العتق عند وجوده لامحالة ولان اليمين بغير الله عز وجل شرط وجزاء والجزاء ما يكون غالب الوجود عند وجود الشرط أو متيقن الوجود عند وجوده لتحصيل معنى اليمين وهو التقوى على الامتناع أو على التحصيل فاذا كان الملك ثابتا وقت التعليق كان الجزاء غالب الوجود عند وجود الشرط لان الظاهر بقاء الملك الى وقت وجود الشرط فيحصل معنى اليمين وكذا اذا أضاف اليمين الى الملك أو سببه كان الجزاء متيقن الوجود عند وجود الشرط فيحصل معنى اليمين فتنعقد اليمين ثم اذا وجد التعليق فى الملك حتى صح فالعبد على ملكه فى جميع الاحكام قبل وجود الشرط واذا وجد الشرط وهو فى ملكه يعتق وان لم يكن فى ملكه تنحل اليمين لا الى جزاء حتى لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فباعه قبل دخول الدار فدخل الدار وهو ليس فى ملكه يبطل اليمين ولو لم يدخل حتى اشتراه ثانيا فدخل الدار عتق لان اليمين لا يبطل بزوال الملك لان فى بقائها فائدة لاحتمال العود بالشراء وغيره من أسباب الملك الا أنه لم ينزل الجزاء عند الشرط لعدم الملك فاذا عاد الملك واليمين قائم عتق على ماذكرنا فى الطلاق ولو قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه بيعا صحيحا لا يعتق لعدم الملك له فيه عند الشرط ولو باعه بيعا فاسدا وهو فى يده حنث لوجود الملك له فيه ولو كان التعليق فى الملك بشرطين يراعى قيام الملك عند وجود الشرط الاخير عندنا خلافا لزفر حتى لو قال لعبده ان دخلت هذين الدارين فأنت حر فباعه قبل الدخول فدخل احدى الدارين ثم اشتراه فدخل الدار الاخرى يعتق عندنا وعند زفر لا يعتق والمسئلة مرت فى كتاب الطلاق ولو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ان كلمت فلانا يعتبر قيام الملك عند الدخول أيضا لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين واليمين بالعتاق لا تنعقد الا فى الملك أو مضافة الى الملك أو بسببه كانه قال له عند الدخول ان كلمت فلانا فأنت حر ولو قال لعبده أنت حر ان شئت أو أحببت أو رضيت أو هويت أو قال لامته ان كنت تحبينى أو تبغضينى أو اذا حضت فأنت حرة فالجواب فيه كالجواب فى الطلاق وقد ذكرنا هذه المسائل وأخواتها فى كتاب الطلاق ولو قال أنت حر ان لم يشأ فلان فان قال فلان شئت فى مجلس علمه لا يعتق لعدم شرطه وان قال لا أشاء يعتق لكن لا بقوله لا أشاء لان له أن يشاء فى المجلس بل لبطلان المجلس باعراضه واشتغاله بشىء آخر بقوله لا أشاء ألا ترى أنه اذا قال ان لم يشأ فلان اليوم فأنت حر فقال فلان شئت لا يعتق ولو قال لا أشاء لا يعتق لان له أن يشاء بعد ذلك مادامت المدة باقية الا اذا مضى اليوم ولم يشأ فحينئذ يعتق ولو علق بمشيئة نفسه فقال أنت حر ان شئت أنا فلم توجد المشيئة منه فى عمره لا يعتق ولا يقتصر على المجلس لان هذا ليس بتفريق اذ العتاق بيده ولو قال أنت حر ان لم تشأ فان قال شئت لا يعتق لعدم الشرط وان قال لا أشاء لا يعتق لان العدم لا يتحقق بقوله لا أشاء اذ له أن يشاء بعد ذلك الى أن يموت بخلاف الفصل الاول لان هناك اقتصر على المجلس فاذا قال لا أشاء فقد أعرض عن المجلس وههنا لا يقتصر على

المجلس

المجلس فله أن يشاء بعد ذلك حتى يموت فاذا مات فقد تحقق العدم فيعتق قبل موته بلا فصل و يعتبر من ثلث المال كوقوع العتق فى المرض اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض ولو قال أنت حر غدا ان شئت فالمشيئة فى الغد فان شاء فى الحال لا يعتق مالم يشأ فى الغد ولو قال أنت حر ان شئت غدا فالمشيئة اليه فى الحال فاذا شاء فى الحال عتق غدا لان فى الفصل الاول علق الاعتاق المضاف الى الغد بالمشيئة فيقتضى المشيئة فى الغد و فى الفصل الثانى أضاف الاعتاق المعلق بالمشيئة الى الغد فيقتضى تقدم المشيئة على الغد و روى عن أبى حنيفة أنه قال المشيئة فى الغد فى الفصلين جميعاً وقال زفر المشيئة اليه للحال فى الفصلين جميعا ومن هذا القبيل قول الرجل لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر لانه تعليق صورة ومعنى لوجود الشرط والجزاء فيصح فى الملك و يتعلق العتق بوجود الشرط وهو الاداء اليه فى ملكه فاذا جاء بألف وهو فى ملكه وخلى بينه و بين الالف شاء المولى أو أبى وهو تفسير الجبر على القبول الا أن القاضى يجبره على القبض بالحبس كذا فسره محمد فقال ان العبد اذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من القبض عتق وهذا استحسان والقياس أن لا يعتق مالم يقبض أو يقبل وهو قول زفر (وجه) القياس أنه علق العتق بشرط الاداء اليه ولا يتحقق الاداء اليه الا بالقبض ولم يوجد فلا يعتق كما لو قال ان أديت الى عبدا فأنت حر فجاء بعبد ردىء وخلى بينه و بينه لا يعتق ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى كرامن حنطة فأنت حر فأدى كرامن حنطة رديئة ولو قبل يعتق وكذا اذا قال ان أديت الى ثوبا أو دابة فأتى بثوب مطلق أو دابة مطلقة لا يعتق بدون القبول وكذا اذا قال ان أديت الى ألفا أحج بها أو حججت بها لا يعتق بتسليم الالف مالم يقبل وكذا اذا قال ان أديت الى هذا الدن من الخمر لا يعتق بالتخلية بدون القبول (وجه) الاستحسان ان أداء المال الى الانسان عبارة عن تسليمه اليه قال الله تبارك وتعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها أى تسلموا وقال سبحانه وتعالى خبرا عن نبيه موسى عليه الصلاة والسلام ان أدوا الى عباد الله أى سلموا وتسليم الشىء عبارة عن جعله سالما خالصا لا ينازعه فيه أحد وهذا يحصل بالتخلية ولهذا كانت التخلية تسليما فى الكتابة وكذا فى المعاوضات المطلقة فلا يحتاج فيه الى القبض كما لا يحتاج اليه فى الكتابة والمعاوضات المطلقة مع ما أن التخلية تتضمن القبض لانها تفيد التمكن من التصرف وهو تفسير القبض لا الجعل فى البراجم كما فى سائر المواضع وأما المسائل فهناك لم يوجد الشرط أما مسئلة العبد فلانه وان ذكر العبد مطلقا فانما أراد به المقيد وهو العبد المرغوب فيه لا ما ينطلق عليه اسم العبد علم ذلك بدلالة حاله فلا يعتق بأداء الردىء فاذا قبل يعتق لانه اذا قبل تبين أنه ما أراد به المقيد بل المطلق وعلم أن له فيه غرضا آخر فى الجملة فلا تعتبر الدلالة مع الصريح بخلافه حتى لو أتى بعبد جيد أو وسط وخلى يعتق وهو الجواب فى مسئلة الكر وأما مسئلة الثوب فثم لا يعتق مالم يقبل ولا يعتق بأداء الوسط لان الثياب أجناس مختلفة وأنواع متفاوتة واسم الثوب يقع على كل ذلك على الانفراد من الديباج والخز والكتان والكرباس والصوف وكل جنس تحته أنواع فكان الوسط مجهولا جهالة متفاحشة ولا يقع على أدنى الوسط من هذه الاجناس كما لا يقع على أدنى الردىء لان قيمة أدنى الوسط وهو الكرباس وهو ثوب تستر به العورة مما لا يرغب فيه بمقابلة ازالة الملك عن عبد قيمته ألف ومتى بقى مجهولا لا تنقطع المنازعة فلا يتحقق التسليم والتخلية حتى لو قال ان أديت الى ثوبا هرويا فأنت حر يقع على الوسط واذا جاء به يجبر على القبول وكذا الجواب عن مسئلة الدابة لان الدواب أجناس مختلفة تحتها أنواع متفاوتة واسم الدابة يقع على كل ذلك على الانفراد حتى لو قال ان أديت الى فرسا فأنت حر فقد قالوا انه يقع على الوسط و يجبر على القبول وأما مسئلة الحج ففيها تفصيل ان قال ان أديت الى ألفا فحججت بها أو قال وحججت بها فأتى بالالف لا يعتق لانه علق العتق بشرطين فلا يعتق بوجود أحدهما ولو قال ان أديت الى ألفا أحج بها يعتق اذا خلى و يكون قوله أحج بها لبيان الغرض ترغيبا للعقد فى الاداء حيث يصير كسبه مصروفا الى طاعة الله تعالى لا على سبيل الشرط ومسئلة الخمر لا رواية فيها ولكن ذكر فى الكتابة انه اذا كاتب عبده على دن من خمر او على كذا عددا من الخنازير على انه متى أتى

بها فهو حر فقبل يكون كتابة فاسدة فلو جاء بها المكاتب وخلى بينه و بينها يعتق لوجود الشرط و يلزمه قيمة نفسه فيجوز ان يقاس عليه و يقال يعتق ههنا بالتخلية أيضا وقال بعض المشايخ ان العتق فى هذا الفصل ثبت من طريق المعاوضة لا بوجود الشرط حقيقة كما فى الكتابة والصحيح انه ثبت بوجود الشرط حقيقة كما فى سائر التعليقات بشروطها لا بطريق المعاوضة والمسائل تدل عليها فانه ذكر عن بشر بن الوليد انه قال سمعت أبا يوسف قال فى رجل قال لعبده اذا أديت الى ألفا فأنت حر او متى أديت أو ان أديت فان أبا حنيفة قال ليس هذا بمكاتب وللمولى أن يبيعه وكذا قال أبو يوسف ومحمد فان أدى قبل ان يبيعه فان أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمدا قالوا يجبر المولى على قبوله و يعتق استحسانا فان مات المولى قبل ان يؤدى الالف فالعبد رقيق يورث مع اكسابه بخلاف الكتابة ولو مات العبد قبل الاداء وترك مالا فماله كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف المكاتب وان بقى بعد الاداء فى يده مال مما اكتسبه فهو للمولى بخلاف المكاتب لان المكاتب فى يد نفسه ولا سبيل للمولى على اكسابه مع بقاء الكتابة فبعد الحرية أولى وقالوا ان المولى لو باعه قبل الاداء صح كما فى قوله لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بخلاف المكاتب فانه لا يجوز بيعه من غير رضا المكاتب واذا رضى تنفسخ الكتابة ولو قال لعبدين له ان اديتما الى ألفا فأنتما حران فان أدى أحدهما حصته لم يعتق أحدهما لانه علق العتق بأداء الالف ولم يوجد وكذا اذا أدى أحدهما الالف كلها من عنده لانه جعل شرط عتقهما أداءهما جميعا الالف ولم يوجد الالف فلا يعتقان كما اذا قال لهما ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخل الآخر وان أدى أحدهما الالف كلها وقال خمسمائة من عندى وخمسمائة أخرى بعث بها صاحبى ليؤديها اليك عتقا لوجود الشرط وهو أداء الالف منهما حصة أحدهما بطريق الاصالة وحصة الآخر بطريق النيابة لان هذا باب تجزى فيه النيابة فقام أداؤه مقام أداء صاحبه ولو ادى عنهما رجل آخر لم يعتقا لعدم الشرط وهو أداؤهما وأما اذا أدى الاجنبى الالف وقال أؤديها اليك على انهما حران فقبلها المولى على ذلك عتقا لان هذا بمنزلة التعليق بشرط آخر مع الاجنبى كانه قال له ان أديت الى ألفا فعبدى حر و يرد المال الى المولى لان المولى لا يستحق المال بعتق عبده قبل الغير ولان منفعة هذا العتق تحصل له فلا يجوز ان يستحق بذلك على الغير مالا بخلاف ما اذا قال لآخر طلق امرأتك على ألفى هذه ودفع اليه فطلق ان الالف تكون للمطلق لان الزوج لم يحصل له بالطلاق منفعة اذ هو اسقاط حق والاجنبى صار متبرعا عنها بذلك فأشبه ما اذا قضى عنها دينا بخلاف العتق لانه حصلت للمولى منفعة وهو الولاء فلا يجوز أن يستحق بدلا على الغير ولو أداها الاجنبى وقال هما أمرانى ان أؤديها عنهما فقبلها المولى عتقا لوجود الشرط لانه يجوز أن يكون الرجل رسولا عنهما فأداء الرسول أداء المرسل فان أدى العبد من مال اكتسبه قبل القبول عتق لوجود الشرط و يرجع المولى عليه بمثله لان المولى ما أذن له بالاداء من هذا الكسب لان الاذن ثبت بمقتضى القبول والكسب كان قبل القبول فصار بمنزلة المغصوب بان غصب ألفا من رجل وأدى ولم يجز المغصوب منه أداءه فان العبد يعتق لوجود الشرط وللغاصب أن يسترد المغصوب وللمولى ان يرجع على العبد بمثلها وان أدى من مال اكتسبه بعد القبول صح الاداء وعتق العبد ولا يرجع المولى على العبد بمثله بعد العتق استحسانا والقياس ان يرجع لانه أدى مال المولى فيرجع عليه كما لو اكتسبه قبل القبول بخلاف المكاتب لانه أدى من مال نفسه لان اكسابه ملكه الا انهم استحسنوا فقالوا انه لا يرجع لانه أدى باذن المولى فكان اقدامه على هذا القبول اذنا له بالتجارة دلالة لانه لا يتوصل الى أداء الالف الا بالتجارة فيصير مأذونا فى التجارة فقد حصل الاداء من كسب هو مأذون فى الاداء منه من جهة المولى فلا يستحق الرجوع عليه أو نقول الكسب الحاصل بعد القبول ليس على حكم ملك المولى فى القدر الذى يؤدى ككسب المكاتب فصار من هذا الوجه كالمكاتب ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم أدت فعتقت انه يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحط عنه فادى تسعمائة لم يعتق لان الشرط لم يوجد بخلاف

الكتابة فان العتق فيها يثبت بطريق المعاوضة والحط يلتحق بأصل العقد في المعاوضات كالبيع وكذا لو أدى
مكان الدراهم دنانير لا يعتق وان قبل لعدم الشرط ولو قال لعبده ان خدمتني سنة فانت حر فخدمه أقل من سنة
لم يعتق حتى يكمل خدمته وكذا ان صالحه من الخدمة على دراهم أو من الدراهم التي جعل عليه على دنانير وكذا اذا
قال اخدم أولادي سنة وأنت حر فمات بعضهم قبل تمام السنة لم يعتق وهذا كله دليل على ان العتق ثبت بوجود
الشرط حقيقة فلا يختلف الحكم فيه بالرضا وعدمه واسقاط بعض الشرط كما في سائر الاز مان ألا يرى انه اذا قال له
ان دخلت هاتين الدارين فانت حر فدخل احداهما وقال المولى أسقطت عنك دخول الاخرى لا يسقط كذا
هذا ولو أبرأ المولى العبد من الالف لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق وذكر
محمد في الزيادات انه اذا قال ان أديت لي ألفا في كيس أبيض فانت حر فاداها في كيس أسود لا يعتق وفي الكتابة
يعتق وهذا نص على ان العتق ههنا يثبت بوجود الشرط لا من طريق المعاوضة بخلاف الكتابة وان باع هذا العبد
ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبي يوسف وقال محمد في الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وذكر
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يجبر على القبول ولم يذكر الخلاف وعلى هذا اذا رده عليه بعيب أو خيار
وجه قول أبي يوسف ظاهر مطرد على الاصل لانه عتق تعلق بالشرط والجزاء لا يتقيد بالملك القائم فكان حكمه في
الملك الثاني كحكمه في الملك الاول كما في قوله ان دخلت الدار فانت حر فباعه ثم اشتراه فدخل وأما الوجه لمحمد فهو ان
دلالة الحال دلت على التقييد بالملك القائم ظاهرا لان غرضه من التعليق بالاداء تحريضه على الكسب ليصل اليه المال
وذلك في المال القائم وأكد ذلك بوجود العتق المرغب له في الكسب مع احتمال ان المراد منه مطلق الملك فاذا أتى
بالمال بعد ما باعه واشتراه فلم يقبل لا يعتق لتقيده بالملك القائم ظاهرا بدلالة الحال واذا قبل يعتق لانه تبين ان المراد منه
المطلق ولو قال لامته اذا أديت الى ألفا كل شهر مائة فانت حرة فقبلت ذلك فليس هذا بكتابة وله ان يبيعها ما لم تؤد
وان كسرت شهرا لم تؤد اليه ثم أدت اليه في غير ذلك الشهر تعتق كذا ذكر في رواية أبي حفص وهشام وذكر
في رواية أخرى وقال هذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وان كسرت شهرا واحدا ثم أدت في غير ذلك الشهر كان جائزا
وجه هذه الرواية انه أدخل فيه الاجل فدل انه كتابة وجه رواية أبي حفص ان هذا تعليق العتق بشرط في وقت
وهذا لا يدل على انه كتابة كما لو قال لها ان دخلت دار فلان اليوم أو دار فلان غدا فانت حرة لا يكون ذلك كتابة
وان أدخل الاجل فيه والدليل على ان الصحيح هذه الرواية انه اذا قال لها اذا أديت الى ألفا في هذا الشهر فانت
حرة فلم تؤدها في ذلك الشهر وأدتها في غيره لم تعتق ولو كان ذلك كتابة لما بطل ذلك الا بحكم الحاكم أو بتراضيهما
فدل ان هذا ليس بكتابة بل هو تعليق بشرط لكن بوقت دون وقت ثم التعليق بالاداء هل يقتصر على المجلس فان
قال متى أديت أو متى ما أديت او اذا ما أديت فلا شك ان هذا كله لا يقتصر على المجلس لان في هذه الالفاظ معنى
الوقت وان قال ان أديت الى ذكر في الاصل انه يقتصر على المجلس وظاهر ما رواه بشر عن أبي يوسف يدل انه
لا يقتصر على المجلس فانه قال في رواية عن أبي يوسف انه قال في رجل قال لعبده ان أديت الى ألفا فانت حر أو متى
أديت أو ان أديت فقد سوى بين هذه الكلمات ثم في كلمة اذا أو متى لا يقتصر على المجلس فكذا في كلمة ان وكذا
ذكر بشر ما يدل عليه فانه قال عطفا على روايته عن أبي يوسف ان المولى اذا باعه ثم اشتراه فأدى المال عتق ويبعد ان
ينفذ البيع والشراء وأداء المال في مجلس واحد وهذا يدل على ان العتق لا يقتصر على المجلس في الالفاظ كلها والوجه
فيه ظاهر لانه عتق معلق بالشرط فلا يقف على المجلس كالتعليق بسائر الشروط من قوله ان دخلت الدار فانت حر
وغير ذلك وجه رواية الاصل ان العتق المعلق بالاداء معلق باختيار العبد فصار كانه قال أنت حر ان شئت
ولو قال ان شئت يقتصر على المجلس ولو قال اذا شئت أو متى شئت لا يقتصر على المجلس كذا ههنا وسواء أدى
الالف جملة واحدة أو على التفاريق خمسة وعشرة وعشرين انه يجبر على القبول حتى اذا تم الالف يعتق لانه علق

العتق باداء الالف مطلقا وقد أدى وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال لعبده فى مرضه اذا أديت الى ألفا فانت حر وقيمة العبد ألف فأداها من مال اكتسبه بعد القول فانه يعتق من جميع المال استحسن أبو حنيفة ذلك وقال زفر يعتق من الثلث وهو القياس ووجهه أن الكسب حصل على ملك المولى لانه كسب عبده فاذا أسقط حقه عن الرقبة كان متبرعا فيعتبر من الثلث كما لو أعتقه ابتداء بخلاف الكتابة لان المولى لا يملك اكساب العبد المكاتب فكان كسبه عوضا عن الرقبة فيعتق من جميع المال ووجه الاستحسان أن القدر الذى يؤدى من الكسب الحاصل بعد القول ليس على ملك المولى ككسب المكاتب لان المولى أطمعه العتق بادائه اليه فصار تعليق العتق به سببا داعيا الى تحصيله فصار كسبه من هذا الوجه بمنزلة كسب المكاتب ولو قال له أد الى ألفا وأنت حر فالم يؤد لا يعتق لانه أتى بجواب الامر بالواو فيقتضى وجوب ما تعلق بالامر وهو الاداء ولو قال أد الى ألفا فانت حر فلا رواية فى هذا وقيل هذا والاول سواء لا يعتق الا باداء المال اليه لان جواب الامر قد يكون بحرف الفاء ولو قال أد الى ألفا أنت حر يعتق للحال أدى أو لم يؤد لانه لم يوجد ههنا ما يوجب تعلق العتق بالاداء حيث لم يأت بحرف الجواب والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال لامته ان ولدت ولدا فهو حر أو قال اذا ولدت ولدا فهو حر ويعتبر لصحة قيام الملك فى الامة وقت التعليق كما فى قوله ان ولدت ولدا فانت حرة لان الملك اذا كان ثابتا فى الامة وقت التصرف فالظاهر بقاؤه الى وقت الولادة فلا حاجة الى اضافة الولادة الى الملك فيصح فاذا صح التعليق فكل ولد تلده فى ملكه يعتق وان ولدت فى غير ملكه لا يعتق وتبطل اليمين بان ولدت بعد ما مات المولى أو بعد ما باعها ولو ضرب ضارب بطنها فالقت جنينا ميتا كان فيه ما فى جنين الامة لان الحرية تحصل بعد الولادة والضرب حصل قبل الولادة فكان عبدا فلا يجب ضمان الحر ولو قال اذا حملت بولد فهو حر كان فيه ما فى جنين الحرة لان الحرية تحصل منها بالحمل فالضرب صادفه وهو حر الا أنا لا نحكم به ما لم تلد لانا لا نعلم بوجوده فاذا ألقت فقد علمنا بوجوده وقت الضرب فان قيل الحرية لا تثبت الا بعد حدوث الحياة فيه ولا نعلم ذلك فكيف يحكم بحريته فالجواب أنه لما حكم الشرع بالارش على الضارب فقد صار محكوما بحدوث الحياة فيه لان الارش لا يجب الا باتلاف الحى ولو باعها المولى فولدت عند المشترى قبل مضى ستة أشهر كان الولد حرا والبيع باطل لانا تيقنا أنه باعها والحمل موجود والحرية ثابتة فيه وحرية الحمل تمنع جواز بيع الام لما مر وان ولدته لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لانا لم نتيقن بحصول الولد يوم البيع فلا يجوز فسخ البيع واثبات الحرية ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت غلاما وجارية فهذا لا يخلو من أوجه اما ان علم أيهما ولد أولا بان اتفق المولى والامة على انهما يعلمان ذلك واما ان لم يعلم بان اتفقا على أنهما لا يعلمان واما ان اختلفا فى ذلك فان علم أيهما ولد أولا فان كان الغلام هو الاول فهو رقيق لان المعلق بولادته عتق الام وهى انما تعتق بعد الولادة فكان انفصال الولد على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وتعتق الام بوجود الشرط وتعتق الجارية بعتقها وان كانت الجارية هى الاولى لم يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق وان لم يعلم فالغلام رقيق على كل حال لانه لا حال له فى الحرية أصلا سواء كان متقدما فى الولادة أو متأخرا الا انه ان كان أولا فذاك شرط عتق أمه لا شرط عتقه وعتق أمه لا يؤثر فيه لما بينا وان كانت الجارية أولا فولادتها لم تجعل شرط العتق فى حق أحد فلم يكن للغلام حال فى الحرية رأسا فكان رقيقا على كل حال وأما الجارية والام فيعتق من كل واحدة منهما نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان كل واحدة منهما تعتق فى حال وترق فى حال لان الغلام ان كان أولا عتقت الام والجارية أما الام فلوجود شرط العتق فيها وأما الجارية فلعتق الام لان الام اذا عتقت عتقت الجارية بعتق الام تبعا لها فعتقتا جميعا وان كانت الجارية أولا لا يعتقان لانه لم يوجد شرط العتق فى الام واذا لم تعتق الام لا تعتق الجارية لان عتقها بعتقها فاذا هما يعتقان فى حال ويرقان فى حال فيتنصف العتق فيهما فيعتق من كل واحدة منهما نصفها على الاصل المعهود لاصحابنا فى اعتبار الاحوال عند اشتباهها والعمل بالدليلين بقدر الامكان وروى عن محمد أنه يستحلف

المولى على علمه بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا فان نكل عن اليمين عتقت الام وابنتها وكان الغلام عبدا وان حلف كانوا جميعا أرقاء وكذلك اذا لم يخاصم المولى حتى مات وخوصم وارثه بعده فاقر أنه لا يدرى وحلف بالله تعالى ما يعلم الغلام ولد أولا رقوا ووجه هذه الرواية أن الاحوال انما تعتبر عند تعذر البيان والبيان ههنا ممكن بالرجوع الى قول الحالف فلا تعتبر الاحوال والجواب أنه لا سبيل الى البيان باليمين ههنا لان الخصمين متفقان على أنهما لا يعلمان الاول منهما فلا يجوز للقاضى أن يكلف المولى الحلف على أنه لا يعلم الاول منهما مع تصادقهما على ذلك وان اختلفا فالقول قول المولى ان الجارية هى الاولى لانه ينكر العتق ولو قال لامته ان كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كانت جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام كان أولا عتقت الام والجارية لا غير أما الام فلوجود الشرط وأما الجارية فلعتق الام وأما رق الغلام فلانفصاله على حكم الرق فلا يؤثر فيه عتق الام وان علم أن الجارية كانت هى الاولى عتقت هى لا غير لان المعلق بولادتها عتقها لا غير وعتقها لا يؤثر فى غيرها وان لم يعلم أيهما أول فالجارية حرة على كل حال والغلام عبد على كل حال و يعتق نصف الام وتسعى فى نصف قيمتها أما حرية الجارية على كل حال فلانه لا حال لها فى الرق لان الغلام ان كان أولا عتقت الجارية لان أمها تعتق فتعتق هى بعتق الام وان كانت الجارية أولا فقد عتقت لوجود شرط العتق فى حقها فكانت حرة على كل حال وأما رق الغلام على كل حال فلانه ليس له حال فى الحرية سواء ولد أولا أو آخرا وأما الام فانما يعتق نصفها لانها تعتق فى حال وترق فى حال لان الغلام ان كان هو الاول تعتق الام والجارية أيضا بعتق الام وان كانت الجارية أولا تعتق الجارية لا غير لان المعلق به عتقها لا غير وعتقها لا يتعدى الى عتق الام فاذا تعتق الام فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها اعتبارا للاحوال وان اختلفا فالقول قول المولى لما بينا ولو قال لها ان كان أول ولد تلدينه غلاما فهو حر وان كان جارية فانت حرة فولدت غلاما وجارية فان علم أن الغلام ولد أولا عتق هو لا غير وان علم أن الجارية ولدت أولا عتقت الام والغلام لا غير وان لم يعلم أيهما ولد أولا فالغلام حر على كل حال لانه لا حال له فى الرق سواء كان أولا أو آخرا والجارية رقيقة على كل حال لانه لا حال لها فى الحرية تقدمت فى الولادة أو تأخرت لان الغلام ان كان هو الاول لا يعتق الا هو وان كانت الجارية هى الاولى لا تعتق الا الام والغلام فلم يكن للجارية حال فى الحرية فبقيت رقيقة والام يعتق منها نصفها وتسعى فى نصف قيمتها لان الجارية ان كانت هى الاولى تعتق الام كلها وان كان الغلام هو الاول لا يعتق شىء منها فتعتق فى حال ولا تعتق فى حال فيعتق نصفها وتسعى فى النصف اعتبارا للحالين وعملا بهما بقدر الامكان وان اختلفا فالقول قول المولى لما ذكرنا هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان علم أولهم أنه ابن يعتق هو لا غير لان المعلق عتقه لا غير يعتق هو لا غير عند وجود الشرط وان علم أنه جارية فهى رقيقة ومن سواها أحرار لانه جعل ولادتها أولا شرط حرية الام فاذا وجد الشرط عتقت الام و يعتق كل من ولد بعد ذلك بعتق الام تبعا لها وان لم يعلم من كان أولهم يعتق من الغلامين كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته و يعتق من الام نصفها وتسعى فى نصف قيمتها و يعتق من البنتين من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها وانما كان كذلك أما الغلامان فلان أول من ولدت ان كان غلاما عتق الغلام كله لوجود الشرط وان كان جارية عتق الغلامان لان الام تعتق و يعتق كل من ولد بعد ذلك وهم الغلامان والجارية الاخرى وقد تيقنا بحرية أحد الغلامين وشككنا فى الآخر وله حالتان يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيجعل ذلك نصفين فيعتق غلام واحد ونصف من الآخر ولا يعلم أيهما عتق كله وأيهما عتق نصفه فاستويا فى ذلك وليس أحدهما فى ذلك بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه ويسعى فى ربع قيمته وأما الام فانها تعتق فى حال ولا تعتق فى حال لان أول ما ولدت ان كان غلاما لا تعتق أصلا وان كان جارية تعتق فتعتق فى حال وترق فى حال فيعتق نصفها وتسعى فى نصفها وأما الجاريتان فاحداهما أمة بلا شك لان أول ما ولدت ان كان غلاما فهما رقيقتان

وان كانت جارية فان الاولى لا تعتق وتعتق الاخرى بعتق الام فاذا فى حالة لهما حرية واحدة وفى حالة لا شىء لهما فيثبت لهما نصف ذلك وليست احداهما باولى من الاخرى فيصير ذلك بينهما نصفين وهو ربع الكل فيعتق من كل واحدة منهما ربعها وتسعى فى ثلاثة أرباع قيمتها والله عز وجل أعلم ولو قال لامته ان ولدت غلاما ثم جارية فانت حرة وان ولدت جارية ثم غلاما فالغلام حر فولدت غلاما وجارية فان كان الغلام أولا عتقت الام لوجود شرط عتقها والغلام والجارية رقيقان لانفصالهما على حكم الرق وعتق الام لا يؤثر فيهما وان كانت الجارية أولا عتق الغلام لوجود الشرط والام والجارية رقيقتان لان عتق الغلام لا يؤثر فيهما وان لم يعلم أيهما أولا واتفقا على انهما لا يعلمان ذلك فالجارية رقيقة لانه لا حال لها فى الحرية لانها ترق فى جميع الاحوال وأما الغلام والام فانه يعتق من كل واحد منهما نصفه ويسعى فى نصف قيمته لان كل واحد منهما يعتق فى حال ويرق فى حال فيعتق نصفه ويسعى فى نصف قيمته واذا اختلفا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه هذا اذا ولدت غلاما وجارية فاما اذا ولدت غلامين وجاريتين والمسئلة بحالها فان ولدت غلامين ثم جاريتين عتقت الام لوجود الشرط وعتقت الجارية الثانية بعتقها وبقى الغلامان والجارية الاولى أرقاء وان ولدت غلاما ثم جاريتين ثم غلاما عتقت الام لوجود الشرط والجارية الثانية والغلام الثانى بعتق الام وان ولدت غلاما ثم جارية ثم غلاما ثم جارية عتقت الام لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط والغلام الثانى والجارية الثانية بعتق الام وان ولدت جاريتين ثم غلامين عتق الغلام الاول لوجود الشرط وبقى من سواه رقيقا وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلامين ثم جارية عتق الغلام الاول لا غير لوجود شرط العتق فى حقه لا غير وكذلك اذا ولدت جارية ثم غلاما ثم جارية ثم غلاما عتق الغلام الاول لا غير لما قلنا وان لم يعلم بان اتفقوا على انهم لا يعلمون أيهم الاول يعتق من الاولاد من كل واحد ربعه لان أحد الغلامين مع احدى الجاريتين رقيقان على كل حال لانه ليس لهما حال فى الحرية والجارية الاخرى والغلام الآخر يعتق كل واحد منهما فى حال ويرق فى حال فيعتق من كل واحد نصفه فما أصاب الجارية يكون بينها وبين الجارية الاخرى نصفين اذ ليست احداهما باولى من الاخرى فيعتق من كل واحدة ربعها وكذلك ما أصاب الغلام يكون بينه وبين الغلام الآخر نصفين لما قلنا وأما الام فيعتق منها نصفها لانه ان سبق ولادة الغلام فتعتق لوجود الشرط وان سبقت ولادة الجارية لا تعتق فيعتق نصفها وتسعى فى نصف قيمتها وان اختلفوا فالقول قول المولى مع يمينه على علمه لما قلنا ولو قال لها ان ولدت ما فى بطنك فهو حر فان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم حلف عتق ما فى بطنها وان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لا يعتق لانها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر تيقنا بكونه موجودا وقت التعليق لان الولد لا يولد لاقل من ستة أشهر فتيقنا بكونه داخلا تحت الايجاب واذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم نتيقن بوجوده بل يحتمل ان لا يكون موجودا ثم وجد بعد فلا يدخل تحت الايجاب مع الشك وكذا اذا قال لها ما فى بطنك حر الآن ههنا يعتق من يوم حلف وفى الفصل الاول يوم تلد لان هنالك شرط الولادة ولم تشترط ههنا ولو قال لها اذا حملت فأنت حرة فولدت لاقل من سنتين أو لسنتين من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين تعتق لان يمينه يقع على حمل يحدث بعد اليمين فاذا ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى من وقت الكلام لا تعتق وان ولدت لاكثر من سنتين أو لسنتين يحتمل انها كانت حبلى وقت اليمين ويحتمل انه حدث الحمل بعد اليمين فيقع الشك فى شرط ثبوت الحرية فلا تثبت الحرية مع الشك فاما اذا ولدت لاكثر من سنتين فقد تيقنا ان الحمل حصل بعد اليمين لان الولد لا يبقى فى البطن أكثر من سنتين فقد وجد شرط العتق وهو الحمل بعد اليمين فيعتق فان قيل أليس ان من أصلكم ان الوطء اذا كان مباحا تقدر مدة الحبل بستة أشهر فهلا قدر ثم ههنا كذلك فالجواب ان هذا من أصلنا فيما لم يكن فيه اثبات رجعة أو اعتاق بالشك ولو جعلنا مدة الحمل ههنا ستة أشهر لكان فيه اثبات العتق بالشك وهذا لا يجوز ثم ان ولدت بعد المقالة لاكثر من سنتين

حتى

حتى عتقت وقد كان وطئها قبل الولادة فان وطئها قبل الولادة لاقل من ستة أشهر فعليه العقر وان وطئها قبل الولادة لستة أشهر فصاعدا لاعقر عليه لانها اذا ولدت لاقل من ستة أشهر منذ وطئها علم انه وطئها وهى حامل لان الحمل لا يكون أقل من ستة أشهر فاذا وضعت لاقل من ستة أشهر بعد الوطء علم ان العلوق حصل قبل هذا الوطء فيجب عليه العقر لانه علم انه وطئها بعد ثبوت الحرية فاذا ولدت لستة أشهر فصاعدا من وقت الوطء يحتمل ان الحمل حصل بذلك الوطء فلا يجب العقر لان الوطء لم يصادف الحرية و يحتمل انه حصل بوطء قبله فيجب العقر فيقع الشك فى وجوب العقر فلا يجب مع الشك و ينبغى فى الورع والتنزه اذا قال لها هذه المقالة ثم وطئها ان يعتزلها حتى يعلم أحامل أم لا فان حاضت وطئها بعد ما طهرت من حيضها لجواز انها قد حملت بذلك الوطء فعتقت فاذا وطئها بعد ذلك كان وطء الحرة فيكون حراما فيعتزلها صيانة لنفسه عن الحرام فاذا حاضت تبين ان الحمل لم يوجد اذ الحامل لا تحيض ولهذا تستبرأ الجارية المشتراة بحيضة لدلالتها على فراغ الرحم ولو باع هذه الجارية قبل ان تلد ثم ولدت فى يد المشترى ينظر ان ولدت لاقل من سنتين أو لسنتين بعد اليمين يصح البيع لجواز ان الولد حدث بعد اليمين فلا يبطل البيع بالشك وان ولدت لاقل من سنتين بعد اليمين ينظر ان كان ذلك لاقل من ستة أشهر قبل البيع لا يجوز البيع لانه حدث الولد قبل البيع فعتقت هى وولدها وبيع الحر لا يجوز وان كان ذلك لستة أشهر فصاعدا من وقت البيع فانها لا تعتق لان من الجائز ان الولد حدث بعد البيع والبيع قد صح فلا يفسخ بالشك ولو قال لها ان كان حملك غلاما فانت حرة وان كان جارية فهى حرة فكان حملها غلاما وجارية لم يعتق أحد منهم لان الحمل اسم لجميع ما فى الرحم قال الله تعالى وأولات الاحمال أجلهن ان يضعن حملهن والمراد منه جميع ما فى البطن حتى لا تنقضى العدة الا بوضع جميع ما فى الرحم وليس كل الحمل الغلام وحده ولا الجارية وحدها بل بعضه غلام و بعضه جارية فصار كانه قال ان كان كل حملك غلاما فانت حرة وان كان كل حملك جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فلا يعتق أحدهم وكذلك لو قال ان كان ما فى بطنك لان هذا عبارة عن جميع ما فى بطنها ولو قال ان كان فى بطنك عتق الغلام والجارية لان قوله ان كان فى بطنك غلام ليس عبارة عن جميع ما فى البطن بل يقتضى وجوده وقد وجد غلام ووجد أيضا جارية فعتقا ولو قال لها ان كنت حبلى فانت حرة فولدت لاقل من ستة أشهر فهى حرة وولدها وان ولدت لستة أشهر أو أكثر لم يعتق لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت لاقل من ستة أشهر علم ان الحمل كان موجودا وقت اليمين فتعتق الام لوجود شرط عتقها وهو كونها حاملا وقت اليمين و يعتق الحمل بعتقها تبعا لها واذا أتت لستة أشهر أو أكثر يحتمل ان يكون بحمل حادث بعد اليمين فلا يعتق و يحتمل ان يكون بحمل موجود وقت اليمين فيعتق فوقع الشك فى العتق فلا يعتق مع الشك ومن هذا القبيل التدبير والاستيلاد لان كل واحد منهما تعليق العتق بشرط الموت الا ان التدبير تعليق بالشرط قولا والاستيلاد تعليق بالشرط فعلا لكن الشرط فيهما يدخل على الحكم لا على السبب ولكل واحد منهما كتاب مفرد وأما التعليق المحض بما سوى الملك وسببه معنى لا صورة فنحو ان يقول لامته كل ولد تلدينه فهو حر وهذا ليس بتعليق من حيث الصورة لانعدام حرف التعليق وهو ان واذا ونحو ذلك لان كلمة كل ليست كلمة تعليق بل هى كلمة الاحاطة بما دخلت عليه لكنه تعليق من حيث المعنى لوجود معنى التعليق فيه لانه أوقع العتق على موصوف بصفة وهو الولد الذى تلده فيتوقف وقوع العتق على اتصافه بتلك الصفة كما يتوقف على وجود الشرط المعلق به صريحا فى قوله ان ولدت ولدا أو ان دخلت الدار ونحو ذلك فكان معنى التعليق موجودا فيه فلا يصح الا اذا كانت الامة فى ملكه وقت التعليق حتى لو قال لامة لا يملكها كل ولد تلدينه فهو حر لا يصح حتى لو اشتراها فولدت منه ولدا لا يعتق الولد لعدم الملك وقت التعليق وعدم الاضافة الى الملك وسببه و يصح اذا كانت الامة فى ملكه وقت التعليق وقيام الملك فى الامة يكفى لصحته ولا يشترط اضافة الولادة الى الملك للصحة بان يقول كل ولد تلدينه وأنت فى ملكى فهو حر لما بينا فيما تقدم ثم ان ولدت فى ملكه يعتق الولد لوجود الشرط فى الملك وان ولدت فى غير ملكه

لا يعتق لعدم الملك وتبطل اليمين لوجود الشرط كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه فدخل الدار يبطل
اليمين حتى لو اشتراه ثانيا فدخل الدار لا يعتق كذا هذا وعلى هذا اذا قال لعبد يملكه أولا يملكه كل ولد يولد لك فهو
حر فولد له ولد من أمة فان كانت الامة ملك الحالف يوم حلف عتق الولد والا فلا وينظر في ذلك الى ملك الامة لا الى
ملك العبد لان الولد في الرق والحرية يتبع الام لا الاب فاذا كانت الامة على ملكه وقت التكلم فالظاهر بقاء الملك
فيها الى وقت الولادة وملك الام سبب ثبوت ملك الولد فصار كانه قال كل ولد يولد لك من أمة لي فهو حر فاذا لم تكن
الامة مملوكة له في الحال فالظاهر بقاؤه على العدم لا يوجد ملك الولد وقت الولادة ظاهرا فلم يوجد التعليق في الملك
ولا الاضافة الى الملك فلا يصح هذا اذا ولد الولد من أمة مملوكة للحالف من نكاح فاما اذا ولد منها من سفاح بان زنى
العلام بها فولدت منه هل يعتق أم لا فقد اختلف المشايخ فيه وهي من مسائل الجامع ولو قال لامته أول ولد تلدينه فهو
حر او ان ولدت ولدا فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم ولدت ولدا حيا لا شك في انه لا يعتق الولد الميت وان كان الولد
الميت ولدا حقيقة وهل يعتق الولد الحي قال أبو حنيفة يعتق وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق وحاصل الكلام يرجع
الى كيفية الشرط ان الشرط ولادة ولد مطلق أو ولادة ولد حي فعندهما الشرط ولادة ولد مطلق فاذا ولدت ولدا
ميتا فقد وجد الشرط فينحل اليمين فلا يتصور نزول الجزاء بعد ذلك وعند أبي حنيفة الشرط ولادة ولد حي فلم
يتحقق الشرط بولادة ولد ميت فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند وجود الشرط وهو ولادة ولد حي وجه قولهما ان
الحالف جعل الشرط ولادة ولد مطلق لانه أطلق اسم الولد ولم يقيده بصفة الحياة والموت والولد الميت ولد حقيقة
حتى تصير المرأة به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الجارية أم ولد له ولهذا لو كان المعلق عتق عبد آخر أو طلاق امرأة
نزل عند ولادة ولد ميت وكذا اذا قال لها ان ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان فولدت ولدا ميتا عتق عبده ولو لم تكن
هذه الولادة شرطا لما عتق فاذا ولدت ولدا ميتا فقد وجد الشرط لكن المحل غير قابل للجزاء فينحل اليمين لا الى
جزاء وتبطل كما اذا قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر فباعه قبل الدخول ثم دخل تنحل اليمين لكن لا الى جزاء
حتى لو اشتراه ودخل لا يعتق وان أمكن تقييد التعليق بالملك كانه قال ان دخلت الدار وأنت في ملكي مع ذلك لم يتقيد
به كذا ههنا ولابي حنيفة ان الايجاب أضيف الى محل قابل للحرية اذ العاقل الذي لا يقصد ايجاب الحرية فيما لا يحتمل
الحرية لانه سفه والقابل للحرية هو الولد الحي فيتقيد به كانه قال أول ولد تلدينه حيا فهو حر كما اذا قال لآخر ان
ضربتك فعبدي حر انه يتقيد بحال الحياة للمضروب حتى لو ضربه بعد موته لا يحنث لعدم قبول المحل للضرب كذا
ههنا ولا فرق سوى ان ههنا تقيد لنزول الجزاء وهناك تقيد لتحقق الشرط بخلاف ما اذا علق بالولادة عتق عبد
آخر أو طلاق امرأته لان هناك المحل المضاف اليه الايجاب قابل للعتاق والطلاق فلا ضرورة الى التقييد بحياة الولد
كما اذا قال لها ان ولدت ولدا فأنت حرة أو قال أول ولد تلدينه فأنت حرة فولدت ولدا ميتا عتقت وههنا بخلافه وهو
الجواب عن قوله اذا ولدت ولدا فهو حر وعبدي فلان ان ولادة الولد الميت تصلح شرطا في عتق عبد آخر لكون
المحل قابلا للتعليق ولا تصلح شرطا في عتق الولد لعدم قبول المحل ويجوز أن يعلق بشرط واحد جزا آن ثم ينزل عند
وجود أحدهما دون الآخر لمانع كمن قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق وفلانة معك فقالت حضت فكذبها
يقع الطلاق عليها ولا يقع على الاخرى وان كان الشرط واحدا كذا هذا وأما التعليق بدخول الدار فانما لم يتقيد
بالملك لان التقييد للتصحيح والايجاب هناك صحيح بدون الملك لقبول المحل العتق عند وجود الشرط ألا ترى انه
يقف على اجازة المالك والباطل لا يقف على الاجازة وانما الملك شرط النفاذ أما ههنا فلا وجه لتصحيح الايجاب
في الميت رأسا لعدم احتمال المحل اذ لا سبيل الى اعتاق الميت بوجه فدعت الضرورة الى التقييد بصفة الحياة وذكر
محمد في الاصل اذا قال أول عبد يدخل علي فهو حر فادخل عليه عبد ميت ثم حي عتق الحي ولم يذكر خلافا فمن أصحابنا
من قال هذا قول أبي حنيفة خاصة لان ما أضيف اليه الايجاب وهو العبد لا يحتمل الوجوب الا بصفة الحياة فصار

كانه قال أول عبد يدخل على حيا فهو حر كما فى الولادة فأما على قولهما فلا يعتق لان الحالف أطلق اسم العبد فيجرى على اطلاقه ولا يقيد بحياة العبد كما فى الولادة ومنهم من قال هذا قولهم جميعا قال القدورى وهو الصحيح لانه علق العتق باسم العبد والعبد اسم للمرقوق وقد بطل الرق بالموت فلم يوجد الشرط بادخاله عليه فيعتق الثانى لوجود الشرط فى حقه بخلاف الولد لان الولد اسم للمولود والميت مولود حقيقة فان قيل الرق لا يبطل بالموت بدليل انه يجب على المولى كفن عبده الميت فالجواب ان وجوب الكفن لا يدل على الملك ألا ترى ان من مات ولم يترك شيأ فكفنه على أقاربه وان لم يكن هناك ملك واذا زال ملكه عن الميت صار الثانى أول عبد من عبيده ادخل عليه فوجد الشرط فيعتق ومن هذا القبيل قول الرجل كل مملوك لى فهو حر ويقع على ما فى ملكه فى الحال حتى لو لم يكن يملك شيأ يوم الحلف كان اليمين لغوا حتى لو ملكه فى المستقبل لا يعتق لان هذا الكلام لا يستعمل الا للحال فلا يتعلق به عتق ما ليس بمملوك له فى الحال وكذا اذا علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت هذه الدار فكل مملوك لى حر او قال اذا دخلت أو اذا ما دخلت أو متى دخلت أو متى ما دخلت أو قال كل مملوك لى حر ان دخلت الدار فهذا كله على ما فى ملكه يوم حلف وكذا اذا قال كل مملوك أملكه ولا نية له لان صيغة أفعل وان كانت تستعمل للحال والاستقبال لكن عند الاطلاق يراد به الحال عرفا وشرعا ولغة أما العرف فان من قال فلان يأكل أو يفعل كذا يريد به الحال أو يقول الرجل أنا أملك ألف درهم يريد به الحال وأما الشرع فان من قال أشهد أن لا اله الا الله يكون مؤمنا ولو قال أشهد أن لفلان على فلان كذا يكون شاهدا ولو قال أقر ان لفلان على كذا اصح اقراره وأما اللغة فان هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الاصالة لانه ليس للحال صيغة أخرى وللاستقبال السين وسوف فكانت الحال أصلا فيها والاستقبال دخيلا فعند الاطلاق يصرف الى الحال ولو قال عنيت به ما استقبل ملكه عتق ما فى ملكه للحال وما استحدث الملك فيه لما ذكرنا ان ظاهر هذه الصيغة للحال فاذا قال أردت به الاستقبال فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق فيه ويصدق فى قوله اردت ما يحدث ملكى فيه فى المستقبل فيعتق عليه باقراره كما اذا قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم ثم قال لى امرأة أخرى بهذا الاسم عنيتها طلقت المعروفة بظاهر هذا اللفظ والمجهولة باعترافه كذا ههنا وكذا لو قال كل مملوك أملكه الساعة فهو حر ان هذا يقع على ما فى ملكه وقت الحلف ولا يعتق ما يستفيده بعد ذلك الا أن يكون نوى ذلك فيلزمه ما نوى لان المراد من الساعة المذكورة هى الساعة المعروفة عند الناس وهى الحال لا الساعة الزمانية التى يذكرها المنجمون فيتناول هذا الكلام من كان فى ملكه وقت التكلم لا من يستفيده بعده فان قال أردت به من أستفيده فى هذه الساعة الزمانية يصدق فيه لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه ولكن لا يصدق فى صرفه اللفظ عمن يكون فى ملكه للحال سواء أطلق أو علق بشرط قدم الشرط أو أخر بان قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر او قال كل مملوك أملكه حر ان دخلت الدار فهذا والاول سواء فى ان اليمين انما يتعلق بما فى ملكه يوم حلف لانه علق العتق بشرط فيتناول ما فى ملكه لا ما يستفيده كما اذا قال كل عبد يدخل الدار فهو حر فان قال أردت به ما استحدث ملكه عتق ما فى ملكه اذا وجد الشرط باليمين وما يستحدث باقراره لانه لا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره ويصدق فى التشديد على نفسه فان لم يكن فى ملكه يوم حلف مملوك فاليمين لغو لانها تتناول الحال فاذا لم يكن له مملوك للحال لا تنعقد اليمين لانعدام المحلوف عليه بخلاف قوله ان كلمت فلانا أو ان دخلت الدار فكل مملوك اشتريه فهو حر أو كل امرأة أتزوجها فهى طالق لان قوله أشترى أو أتزوج لا يحتمل الحال فاقتضى ملكا مستأنفا وقد جعل الكلام أو الدخول شرطا لانعقاد اليمين فيمن يشترى أو يتزوج فيعتبر ذلك بعد اليمين ولو قال كل مملوك أملكه اليوم فهو حر ولا نية له وله مملوك فاستفاد فى يومه ذلك مملوكا آخر عتق ما فى ملكه وما استفاد ملكه فى اليوم لو قال هذا الشهر أو هذه السنة لانه لما وقت باليوم أو الشهر أو السنة فلا بد وان يكون التوقيت مقيدا ولو لم يتناول الا ما فى ملكه يوم الحلف لم يكن مقيدا فان قال عنيت به أحد الصنفين دون الآخر لم يدين فى القضاء لانه

نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله عز وجل لان الله مطلع على نيته ولو قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له ذكر محمد فى الجامع انه يعتق من ملكه فى غد ومن كان فى ملكه قبله وهو قوله فى الاملاء أيضا وهو احدى روايتى ابى سماعة عنه وقال أبو يوسف لا يعتق الا من استفاد ملكه فى غد ولا يعتق من جاء غد وهو فى ملكه وهو احدى روايتى ابن سماعة عن محمد وجه قول محمد انه أوجب العتق لكل من يضاف اليه الملك فى غد فيتناول الذى ملكه فى غد والذى ملكه قبل الغد كانه قال فى الغد كل مملوك أملكه اليوم فهو حر فيتناول الكل وجه قول أبى يوسف ان قوله أملك ان كان للحال عند الاطلاق ولكنه لما أضاف العتق الى زمان فى المستقبل انصرف الى الاستقبال بهذه القرينة كما ينصرف اليه بقرينة السين فلا يتناول الحال وعلى هذا الخلاف اذا قال كل مملوك أملكه رأس شهر كذا فهو حر و رأس الشهر الليلة التى يهل فيها الهلال ومن الغد الى الليل وكان القياس أن يكون رأس الشهر أول ساعة منه لان رأس كل شهر ما رأس عليه وهو أوله الا انهم جعلوه اسما لما ذكرنا للعرف والعادة فانه يقال فى العرف والعادة لاول يوم من الشهر هذا رأس الشهر و روى ابن سماعة عن أبى يوسف فيمن قال كل مملوك أملكه يوم الجمعة فهو حر قال ليس هذا على ما فى ملكه انما هو على ما يملكه يوم الجمعة فهذا على أصل أبى يوسف صحيح لانه أضاف العتق الى زمان مستقبل فان قال كل مملوك لى حر يوم الجمعة فهذا على من فى ملكه يعتقون يوم الجمعة ليس هو على ما يستقبل لانه عقد يمينه على من فى ملكه فى الحال وجعل عتقهم موقتا بالجمعة فلا يدخل فيه الاستقبال فاما اذا قال كل مملوك أملكه اذا جاء غد فهو حر فهذا على ما فى ملكه فى قولهم لانه جعل مجىء الغد شرطا لثبوت العتق لا غير فيعتق من فى ملكه لكن عند مجىء غد والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول عند بعض مشايخنا الا انه تعليق معنى لا صورة ولا يثبت العتق فى أحدهما قبل الاختيار وانما ثبت عند الاختيار فى أحدهما عينا وهو الذى يختار العتق فيه مقصورا على الحال كانه علق عتق أحدهما بشرط اختيار العتق فيه كالتعليق بسائر الشروط ومن دخول الدار وغير ذلك الا انه ثمة الشرط يدخل على السبب والحكم جميعا وههنا يدخل على الحكم لا على السبب كالتدبير والبيع بشرط الخيار كذا قال بعض مشايخنا فى كيفية الاعتاق المضاف الى المجهول و بعضهم نسب هذا القول لابى يوسف و يقال انه قول أبى حنيفة أيضا وقال بعضهم هو تنجيز العتق فى غير العتق للحال واختيار العتق فى أحدهما بيان وتعيين لمن وقع عليه العتق بالكلام السابق من حين وجوده و بعضهم نسب هذا القول الى محمد والحاصل ان الخلاف فى كيفية هذا التصرف على الوجه الذى وصفنا غير منصوص عليه من أصحابنا لكنه مدلول عليه ومشار اليه أما الدلالة فانه ظهر الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد فى الطلاق فيمن قال لامرأتيه احداكما طالق ان العدة تعتبر من وقت الاختيار فى قول أبى يوسف والعدة انما تجب من وقت وقوع الطلاق فيدل على ان الطلاق لم يكن واقعا وانما يقع عند الاختيار مقصورا عليه وفى قول محمد تعتبر من وقت الكلام السابق وهذا يدل على ان الطلاق قد وقع من حين وجوده وانما الاختيار بيان وتعيين لمن وقع عليها الطلاق وأما الاشارة فانه روى عن أبى يوسف انه قال اذا أعتق أحد عبديه تعلق العتق بذمته و يقال له أعتق وهذا اشارة الى ان العتق غير نازل فى المحل اذ لو كان نازلا لما كان معلقا بالذمة ومعنى قوله يقال له أعتق أى اختر العتق لاجماعنا على انه لا يكلف بانشاء الاعتاق وذكر محمد فى الزيادات يقال له بين وهذا اشارة الى الوقوع فى غير المعين لان البيان للموجود لا للمعدوم والى هذا ذهب الكرخى والقدورى وحققا الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد الا ان القدورى حكى عن الكرخى انه كان يفرق بين العتاق والطلاق فيجعل الاختيار بيانا فى الطلاق بالاجماع من قبل ان العتاق يحتمل الثبوت فى الذمة والطلاق لا يحتمل قال وكان غيره من أصحابنا يسوى بينهما لان الطلاق أيضا يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة ألا ترى ان الفرقة واجبة على العنين وانما يقوم القاضى مقامه فى التفريق وهو الصحيح انهما يستويان لان تعلق العتق بالذمة ليس معناه الا انعقاد سبب الوقوع من غير وقوع وهو معنى حق الحرية دون

الحقيقة وهمـا فى هذا المعنى مستو يان وجه القول الاول ان قوله احـد كما حر تنجـيز الحرية فى أحـد همـا وليس بتعليق حقيقة لانعدام حرف التعليق الا انه تنجيز فى غير المعين فيتعين بالاختيار و وجـه القول الثانى ان العتق اما ان يثبت باختيار العتق واما ان يثبت بالـكلام السابق والثانى لا سـبيل اليـه لان اختيار العتق لم يعرف اعتاقا فى الشرع الا ترى انه لو قال لعبـده اخترت عتقـك لا يعتق فلا بد وان يثبت بالـكلام السابق فلا يخـلو اما ان يثبت حال وجوده فى أحدهما غير عين و يتعين باختياره واما ان يثبت عند وجود الاختيار فى أحدهما عينا وهو تفسـير التعليق بشرط الاختيار لا وجه للاول لانه ربما يختار غير الحر فيلزم القول بانتقال الحرية من الحر الى الرقيق أو انتقال الرق من الرقيق الى الحر أو اسـترقاق الحر والاول محال والثانى غير مشروع فتعـين الثانى ضرورة وهى ان يثبت العتق عنـد وجود الاختيار بالـكلام السابق مقصورا على حال الاختيار وهو تفسير التعليق ثم القائلون بالبيان اختلفوا فى كيفيـة البيان منهم من قال البيان اظهار محض ومنهم من قال هو اظهار من وجه وانشاء من وجه واستدلوا بمـا ذكر محمد فى الزيادات فى موضع يقال له بين وفى موضع يقال له أعتق و زعموا ان المسائل تتخرج عليه وهـذا غير سـديد لان القول الواحـد لا يكون اظهارا وانشاء اذ الانشاء اثبات أمر لم يكن والاظهار إبداء أمر قد كان و بينهـما تناف وثمرة هذا الاختـلاف تظهر فى الاحكام وانهـا فى الظاهر متعارضة بعضها يدل على صحـة القول الاول و بعضها يدل على صحـة القول الثانى ونحن نشـير الى ذلك اذا انتهينا الى بيان حكم الاعتاق و بيان وقت ثبوت حكمه فاما ترجيح أحد القولين على الآخر وتخريج المسائل عليـه فمذكوران فى الخلافيات وأما التعليق بالملك أو بسببه صورة ومعنى فنحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملـكتك فانت حر أو ان اشتريتك فأنت حر وانه صحيح عندنا حتى لو ملكه أو اشـتراه يعتق وان لم يكن الملك موجودا وقت التعليق وقال الشافعى لا يصـح ولا يعتق وقال بشر المريسى يصح التعليق بالملك ولا يصح بسبب الملك وهو الشراء أما الـكلام مع الشافعى فعلى نحو ما ذكرنا فى كتاب الطلاق وأما مع بشر فوجـه قوله ان اليمين بالطلاق والعتاق لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى الملك ولم توجـد الاضافة الى الملك لان الشراء قد يفيد الملك للمشترى وقد لا يفيـد كالشراء بشرط الخيار وشراء الوكيل فلم توجد الاضافة الى الملك فلا يصح بخـلاف قوله ان ملـكتك ولنا ان مطلق الشراء ينصرف الى الشراء المتعارف وهو الشراء لنفسـه ومن غير شرط الخيار وانه من أسـباب الملك فكان ذكره ذكرا للملك والاضافة اليـه اضافة الى الملك كانه قال ان ملـكتك فأنت حر ولانه لمـا علق العتق بالشراء ولا بد من الملك عند الشراء لثبوت العتق كان هذا تعليق العتق بالشراء الموجب للملك كانه قال ان اشتريتك شراء موجبا للملك فانت حر فاذا اشتراه شراء موجبا للملك فقد وجد الشرط فيعتق ولو قال ان تسريت جارية فهى حرة فاشترى جارية فتسراها لا تعتق عنـد أصحابنا الثلاثة وعند زفر تعتق ولو تسرى جارية كانت فى ملـكه يوم حلف عتقت بالاجماع وجـه قول زفر انه وجدت الاضافة الى الملك لان التسرى لا يصح بدون الملك فكانت الاضافة الى التسرى اضافة الى الملك فيصح التعليق ولنا انه لم يوجد الملك وقت التعليق ولا الاضافة الى الملك والـكلام فيه ولا الى سبب الملك لان التسرى ليس من أسباب الملك ألا ترى انه يتحقق فى غير الملك كالجارية المغصوبة واليمين بالعتاق والطلاق لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى الملك أو سببه ولم يوجد شىء من ذلك وأما قوله ان التسرى لا صحة له بدون الملك فهذا مسلم ان الملك شرط صحة التسرى وجوازه لـكن الحالف جعل وجوده شرط العتق والتسرى نفسه يوجد من غير ملك فلم يكن التعليق به تعليقا بسبب الملك فلم يصح ثم اختلف فى تفسير التسرى قال أبو حنيفة ومحمد هو ان يطأها و يحصنها و يمنعها من الخروج والبروز سواء طلب منها الولد أو لم يطلب وقال أبو يوسف طلب الولد مع التحصين شرط وجـه قوله ان الانسان يطأ جاريته و يحصـنها ولا يقال لها سرية وانما يقال ذلك اذا كان يطلب منها الولد أو تكون أم ولده هذا هو العرف والعادة ولهما انه ليس فى لفظ التسرى ما يدل على طلب الولد لانه لا يخلو اما ان يكون مأخوذا من السرو وهو الشرف فتسمى الجارية سرية بمعنى انه أسرى الجوارى أى أشرفهن واما

ان يكون مأخوذا من السر وهو الجماع قال الله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا قيل جماعا وليس فى أحدهما ماينبى عن طلب الولد ولو وطئ جارية كانت فى ملكه يوم الحلف فعلقت منه لم تعتق لعدم التسرى لانه لم يوجد منه الا الوطء والوطء وحده لا يكون تسريا بلا خلاف فلم يوجد شرط العتق فلا تعتق ولو قال لامرأة حرة ان ملكتك فانت حرة أو قال لها ان اشتريتك فأنت حرة فارتدت عن الاسلام ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف ذكر محمد فى الجامع أن على قياس قول أبى حنيفة لا تعتق وعند أبى يوسف ومحمد تعتق يعنى به قياس قوله فى المكاتب والعبد المأذون اذا قال كل عبد أملكه فيما استقبل فهو حر أو قال كل عبد أشتريه فهو حر فيعتق ثم ملك عبدا أو اشترى عبدا على قول أبى حنيفة لا يعتق وعلى قولهما يعتق والمسئلة تأتى فى موضعها ولو قال لامة لا يملكها ان اشتريتك فأنت حرة بعد موتى فاشتراها صارت مدبرة لانه علق تدبيرها بسبب الملك وهو الشراء لان قوله أنت حرة بعد موتى صورة التدبير وقد علقه بالشراء فيصير عند الشراء قائلا أنت حرة بعد موتى وأما التعليق بالملك أو بسببه معنى لا صورة فهو ان يقول الحر كل مملوك أملكه فيما يستقبل فهو حر و يتعلق العتق بملك يستفيده لانه نص على الاستقبال وروى ابن سماعة عن محمد فى النوادر اذا قال كل جارية أشتريها الى سنة فهى حرة فكل جارية يشتريها الى سنة فهى حرة ساعة يشتريها قال وان قال كل جارية أشتريها فهى حرة الى سنة فاشترى جارية لم تعتق الى سنة لانه فى الفصل الاول عقد يمينه على الشراء فى السنة فتعتق كل جارية يشتريها فى السنة ساعة الشراء كانه قال عند الشراء أنت حرة فتعتق وفى الفصل الثانى جعل الشراء شرط العتق مؤقت بالسنة فكأنه قال بعد الشراء أنت حرة الى سنة قال ولو قال كل مملوك أشتريه فهو حر غدا فهذا عندى على كل مملوك يشتريه قبل الغد وان اشترى مملوكا غدا لا يعتق لانه جعل الشراء شرط الزوال حرية مؤقتة بوجود الغد فلا بد من تقدم الملك على الغد لينزل العتق الموقت به ولو قال كل مملوك أملكه الى ثلاثين سنة فهذا على ما يستقبل ملكه فى الثلاثين سنة أولها من حين حلف بعد سكوته فى قولهم جميعا ولا يكون على ما فى ملكه قبل ذلك لانه لما أضاف العتق الى الاستقبال تعين اللفظ للمستقبل واذا انصرف الى الاستقبال لا يحمل على الحال اذ اللفظ الواحد لا ينتظم معنيين مختلفين بخلاف قوله غدا عند محمد لان ذلك ليس أصلا الى الاستقبال بل هو ايقاع عتق على موصوف بصفة فيتناول كل من كان على تلك الصفة وكذلك اذا قال كل مملوك أملكه ثلاثين سنة أو فى ثلاثين سنة أو قال أملكه الى سنة أو سنة أو فى سنة أو قال أملكه أبدا أو الى ان أموت فهذا كله باب واحد يدخل فيه ما يستقبل دون ما كان فى ملكه لانه أضاف الحرية الى المستقبل فان قال أردت بقولى كل مملوك أملكه سنة ان يكون ما فى ملكه يوم حلف مستداما سنة دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين فى القضاء لان الظاهر انه اسم وقت السنة لاستفادة الملك لا لاستمرار الملك القائم فلا يصدق فى العدول عن الظاهر ولو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر او قال اذا قدم فلان فكل مملوك أملكه يومئذ فهو حر ولا نية له عتق ما فى ملكه يوم دخل الدار لانه علق عتق كل عبد يكون مملوكا له يوم الدخول بالدخول لان معنى قوله يومئذ أى يوم الدخول هذا هو مقتضى اللغة لان تقديره يوم اذ ادخل الدار لانه حذف الفعل وعوض عنه بالتنوين فيعتق كل ما كان مملوكا له يوم الدخول فكأنه قال عند الدخول كل مملوك لى فهو حر وسواء دخل الدار ليلا أو نهارا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله سبحانه وتعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزا الى فئة فقد باء بغضب من الله ومأواه جهنم وبئس المصير وهذا الوعيد يلحق المولى دبره ليلا ونهارا ولان غرض الحالف الامتناع من تحصيل الشرط فلا يختص بوقت دون وقت ولو قال كل مملوك اشتريته فهو حر ان كلمت أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد ولا نية له فهذا يقع على ما يشتريه قبل الكلام فكل مملوك اشتراه قبل الكلام ثم تكلم عتق وما اشتراه بعد الكلام لا يعتق ولو قدم الشرط فقال ان كلمت فلانا أو اذا كلمت فلانا أو اذا جاء غد فكل مملوك اشتريته فهو حر فهذا على ما يشتريه بعد الكلام لا قبله حتى لو كان اشترى مماليك قبل الكلام ثم كلم لا يعتق واحد منهم وما اشترى بعده يعتق ووجه الفرق ان فى

الفصل الاول جعل الكلام شرط انحلال اليمين لان قوله كل مملوك أشتريه فهو حر يمين تامة لوجود الشرط والجزاء فاذا قال ان كلمت فلانا فقد جعل كلام فلان غاية لانحلالها فاذا كلمه انحلت فلا يدخل ما بعد الكلام كقوله كل مملوك لى حر ان دخلت الدار وفى الفصل الثانى جعل كلام فلان شرط انعقاد اليمين فاذا كلمه الآن انعقدت اليمين فيدخل فيه ما بعده لا ما قبله فيصير كانه قال عند الكلام كل مملوك أشتريه فهو حر وذلك يتناول المستقبل ولو قال كل مملوك أشتريه اذا دخلت الدار فهو حر او قال ان قدم فلان فهذا على ما يشترى بعد الفعل الذى حلف عليه ولا يعتق ما اشترى قبل ذلك الا ان يعينهم لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين فيصير عند دخول الدار كانه قال كل مملوك أشتريه فهو حر والدليل على انه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين ان قوله كل مملوك أشتريه شرط وقوله اذا دخلت الدار شرط آخر ولا يمكن ان يجعلا شرطا واحدا لعدم حرف العطف ولا سبيل الى الغاء الشرط الثانى لان الغاء تصرف العاقل مع امكان تصحيحه خارج عن العقل ولتصحيحه وجهان احدهما ان يجعل الشرط الثانى مع جزائه يمينا وجزاء الشرط الاول وحينئذ لا بد من ادراج حرف الفاء لان الجزاء المتعقب للشرط لا يكون بدون حرف الفاء وفيه تغيير والثانى ان يجعل شرط الانعقاد وفيه تغيير أيضا بجعل المقدم من الشرطين مؤخرا الا ان التغيير فيه أقل لان فيه تبديل محل الكلام لا غير وفى الاول اثبات ما ليس بثابت فكان الثانى أقل تغييرا فكان التصحيح به أولى وتسمى هذه اليمين اليمين المعترضة لاعتراض شرط بين الشرط والجزاء ولو نوى الوجه الاول صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولهذا قال محمد الا ان يعنى غير ذلك فيكون على ما عنى ولو قال المكاتب أو العبد المأذون كل عبد أملكه فهو حر فعتق ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله أملك للحال لما يتناوله للحال نوع ملك الا انه غير صالح للاعتاق فتنحل اليمين لا الى جزاء ولو قال كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهو حر فعتق فملك عبدا اعتق لانه علق العتق بالملك الحاصل له بعد عتقه وانه ملك صالح للاعتاق فصحت الاضافة بخلاف الصبى اذا قال كل مملوك أملكه بعد البلوغ فهو حر ثم بلغ فملك عبدا انه لا يعتق لان الصبى ليس من أهل الاعتاق تنجيزا وتعليقا لكونه من التصرفات الضارة المحضة فاما العبد فهو من أهله لكونه عاقلا بالغا الا انه لا ينفذ تنجيز العتق منه لعدم شرطه وهو الملك الصالح فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر او قال كل مملوك أشتريه فهو حر فعتق فملك بعد ذلك عبدا أو اشترى عبدا لا يعتق عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يعتق وجه قولهما ان قوله أملكه فيما استقبل يتناول كل ما يملكه الى آخر عمره فيعمل بعموم اللفظ كما فى الحر ولان فى الحمل على الاستقبال تصحيح تصرفه وفى الحمل على الحال ابطال فكان الحمل على الاستقبال أولى ولابى حنيفة ان للمكاتب نوع ملك ضرورى ينسب اليه فى حالة الرق فى حالة الكتابة بمنزلة المجاز لمقابلة الملك المطلق ألا ترى الى قول النبى صلى الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال الحديث أضاف المال اليه بلام الملك دل ان له نوع ملك فهو مراد بهذا الايجاب بالاجماع بدليل انه لو قال ان ملكت هذا العبد بعينه فى المستقبل فهو حر فملكه فى حال الكتابة فباعه ثم اشتراه بعد ما صار حرا لا يعتق وتنحل اليمين بالشراء الاول لان الملك المجازى مراد فخرجت الحقيقة عن الارادة كى لا يؤدى الى الجمع بين الحقيقة والمجاز فى لفظ واحد وقد قالوا فى عبد قال لله تعالى على عتق نسمة أو اطعام مسكين لزمه ذلك وكان عليه اذا عتق لان هذا ايجاب الاعتاق والاطعام فى الذمة وذمته تحتمل الايجاب فيصح ويلزمه الخروج عنه بعد العتق ولو قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر او ان اشتريت هذه الشاة فهى هدى لم يلزمه ذلك فى قياس قول أبى حنيفة حتى يضيف الى ما بعد العتق فيقول ان اشتريته بعد العتق وقال أبو يوسف ومحمد يلزمانه لان من أصل أبى حنيفة أن العبد يضاف اليه الشراء فى الحال وان كان بمنزلة المجاز بمقابلة الشراء بعد الحرية والمجاز مراد فلا تكون الحقيقة مرادة ومن أصلهما ان هذا يتناول ما يستقبل من الشراء فى عمره وتصحيح اليمين أيضا أولى من ابطالها وقد قالوا جميعا فى مكاتب أو عبد قال ان دخلت هذه الدار فعبدى هذا حر ثم اعتق فدخل الدار لم يعتق العبد لان هذا الملك غير صالح للعتق ولم توجد

الاضافة الى ما يصلح وقالوا فى حر قال لامرأة حرة اذا ملكتك فانت حرة أو اذا اشتريتك فانت حرة فارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الحالف انها لا تعتق فى قياس قول أبى حنيفة وعندهما تعتق بناء على أن من أصل أبى حنيفة أنه يحمل الملك أو الشراء على ما يقبله المحل فى الحال وهو ملك النكاح ههنا والشراء أيضا يصلح عبارة عن سبب هذا الملك وهو النكاح والحرية أيضا تصلح عبارة عما يبطله وهو الطلاق وكلام أبى حنيفة فى هذا الفصل ظاهر لان اليمين تحمل على ما يسبق الى الاوهام ولا تنصرف الاوهام الى ارتدادها ولحوقها بدار الحرب وسبيها لان ذلك غير مظنون بالمسلمة فكان صرف كلامه الى ما ذكرنا أولى من صرفه الى ما تسبق اليه الاوهام ومن أصلهما أنه يحمل مطلق الملك على الملك الحقيقى الصالح للاعتاق وهو الذى يوجد بعد السبى ولو قال لها اذا ارتدت وسبيت ثم ملكتك أو اشتريتك فانت حرة فكان ذلك عتقت فى قولهم لانه أضاف العتق الى الملك الحقيقى فيضاف اليه والله عز وجل أعلم ومن هذا القبيل اذا قال أول عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق لان الاول اسم لفرد سابق وقد وجد ولو اشترى عبدين معا لم يعتق أحدهما لانه ان وجد معنى السبق فلم يوجد معنى التفرد فان اشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لم يعتق الثالث لانه ان وجد فيه معنى التفرد فقد انعدم معنى السبق وقد استشهد محمد فى الكتاب لبيان الثالث ليس باول أنه لو قال آخر عبد اشتريته فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر ثم مات المولى أنه يعتق الثالث فدل أنه آخر واذا كان آخرا لا يكون أولا ضرورة لاستحالة كونه ذات واحد من المخلوقين أولا وآخرا ولو قال أول عبد اشتريه واحدا فهو حر عتق الثالث لانه أعتق عبدا يتصف بكونه فردا سابقا فى حال الشراء وقد وجد هذا الوصف فى العبد الثالث ولو قال آخر عبد أشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم لم يشتر غيره حتى مات المولى لم يعتق لان الآخر اسم لفرد لاحق وهذا فرد سابق فكان أولا لا آخرا ولو اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات المولى عتق الثانى لانه آخر عبد اشتراه واختلف فى وقت ثبوت العتق فعند أبى حنيفة يعتق يوم اشتراه وعند أبى يوسف ومحمد يوم مات وجه قولهما أنه علق العتق بصفة الآخرية وانما يتحقق عند موته اذا لم يشتر آخر ألا ترى أنه لو اشترى بعده عبدا آخر حرم هو من أن يكون آخرا فيتوقف اتصافه بكونه آخرا على عدم الشراء بعده ولا يتحقق ذلك الا بالموت لابى حنيفة أنه لما لم يشتر آخر بعده حتى مات تبين أنه كان آخرا يوم اشتراه الا أنا كنا لا نعرف ذلك لجواز أن يشترى آخر بعده فتوقفنا فى تسميته آخرا فاذا لم يشتر آخر حتى مات زال التوقف وتبين أنه كان آخرا من وقت الشراء ولو اشترى عبدا ثم عبدين معا لم يعتق أحدهم أما الاول فلا شك فيه لانه أول فلا يكون آخرا وأما الآخران فلان الآخر اسم لفرد لاحق ولم يوجد معنى التفرد فلا يعتق أحدهما وأما بيان ما يظهر به وجود الشرط فالحالف لا يخلو اما أن يكون مقرا بوجود الشرط واما أن يكون منكرا وجوده فان كان مقرا يظهر باقراره كأنما كان من الشرط وان كان منكرا فان كان الشرط مما لا يعرف الا من قبل المحلوف بعتقه كمشيئة ومحبة وبغضة والحيض ونحو ذلك يظهر بقوله واذا اختلفا كان القول قوله لانه اذا كان أمرا لا يعرف الا من قبله كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله وان كان أمرا يمكن الوصول اليه من قبل غيره كدخول الدار وكلام زيد وقدوم عمرو ونحو ذلك اذا اختلفا لا يظهر الا ببينة تقوم عليه من العبد ويكون القول عند عدم البينة قول المولى لان العبد يدعى عليه العتق وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولو كان الشرط ولادة الامة بان قال لها ان ولدت فانت حرة فقالت ولدت فكذبها المولى فشهدت امرأة على الولادة لا تعتق عن أبى حنيفة حتى يشهد بالولادة رجلان أو رجل وامرأتان وعندهما تعتق بشهادة امرأة واحدة ثقة والمسئلة مرت فى فصول العدة من كتاب الطلاق وأما الثالث وهو بيان من يدخل تحت مطلق اسم المملوك فى الاعتاق المضاف اليه ومن لا يدخل فنقول وبالله التوفيق يدخل تحته عبد الرهن والوديعة والآبق والمغصوب والمسلم والكافر والذكر والانثى لانعدام الخلل فى الملك والاضافة ولو قال عنيت به الذكور دون الاناث لم يدين فى القضاء لانه ادخل كلمة الاحاطة على المملوك فاذا نوى به البعض فقد نوى تخصيص العموم وانه خلاف الظاهر فلا

يصدق فى القضاء و يصدق فيما بينه و بين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه و يدخل فيه المدبر والمدبرة وأم الولد وولداهما لما قلنا ألا ترى أن للمولى أن يطأ المدبرة وأم الولد مع ان حل الوطء منفى شرعا الا باحد نوعى الملك مطلقا بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين ولا يدخل فيه المكاتب الا ان يعنيه لانه خرج عن يده بعقد الكتابة وصار حرا يدا فاختل الملك والاضافة فلا يدخل تحت اطلاق اسم المملوك ولهذا لا يحل له وطؤها ولو وطئها يلزمه العقر وان عنى المكاتبين عتقوا لان الاسم يحتمل ما عنى وفيه تشديد على نفسه فيصدق وكذا لا يدخل فيه العبد الذى اعتق بعضه لانه حر عندهما وعنده بمنزلة المكاتبة ويدخل عبده المأذون سواء كان عليه دين أو لم يكن لما قلنا وأما عبيد عبده المأذون اذا لم يكن عليه دين فهل يدخلون قال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يدخلون الا أن ينويهم وقال محمد يدخلون من غير نية وجه قوله انه اذا لم يكن على العبد دين فعبد عبده ملكه بلا خلاف فيعتق ولهما أن فى الاضافة اليه قصورا ألا ترى أنه يقال هذا عبد فلان وهذا عبد عبده فلا يدخل تحت مطلق الاضافة الا بالنية لانه لما نوى فقد اعتبر الملك دون الاضافة والحاصل أن محمدا يعتبر نفس الملك ولا خلل فى نفسه وهما يعتبران معه الاضافة وفى الاضافة خلل واعتبارهما أولى لان الحالف اعتبر الامرين جميعا بقوله كل مملوك لى فما لم يوجدا على الاطلاق لا يعتق وان كان على عبده دين محيط برقبته وبما فى يده لم يعتق عبيده عند أبى حنيفة وان نواهم بناء على أصله أن المولى لا يملك عبد عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه وقال أبو يوسف ان نواهم عتقوا لانهم مماليكه الا انهم لا يضافون اليه عند الاطلاق فاذا نوى وفيه تشديد على نفسه عتقوا وعند محمد يعتقون وان لم ينوهم بناء على ما ذكرنا ان محمدا لا ينظر الا الى الملك وهما ينظران الى الملك والاضافة جميعا ولا يدخل فيه مملوك بينه و بين أجنبى كذا قال أبو يوسف لان بعض المملوك لا يسمى مملوكا حقيقة وان نواه عتق استحسانا لانه نوى ما يحتمله لفظه فى الجملة وفيه تشديد على نفسه فيصدق وهل يدخل فيه الحمل ان كان أمة فى ملكه يدخل و يعتق بعتقها وان كان فى ملكه الحمل دون الامة بان كان موصى له بالحمل لم يعتق لانه لا يسمى مملوكا على الاطلاق لان فى وجوده خطرا ولهذا لا يجب على المولى صدقة الفطر عنه والدليل عليه أنه لو قال ان اشتريت مملوكين فهما حران فاشترى جارية حاملا لم يعتقا لان شرط الحنث شراء مملوكين والحمل لا يسمى مملوكا على الاطلاق وكذا لو قال لامته كل مملوك لى غيرك حر لم يعتق حملها فثبت أن اطلاق اسم المملوك لا يتناول الحمل فلا يعتق الا اذا كانت أمة فى ملكه فيعتق بعتقها لانه فى حكم اجزائها وأما التعليق الذى فيه معنى المعاوضة فنحو الكتابة والاعتاق على مال أما الكتابة فلها كتاب مفرد وأما الاعتاق على مال فالكلام فيه فى مواضع فى بيان ألفاظه وفى بيان ماهية الاعتاق على مال وفى بيان ما يصح تسميته فيه من البدل وما لا يصح وفى بيان حكم صحة التسمية وفسادها أما الاول فنحو أن يقول لعبده أنت حر على ألف درهم أو بالف درهم أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تؤدى الى ألفا أو على أن تجيئنى بالف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها الى وكذا لو قال بعت نفسك منك على كذا أو وهبت لك نفسك على ان تعوضنى كذا فهذا وقوله انت حر على كذا أو اعتقتك على كذا سواء اذا قبل عتق لما ذكرنا فيما تقدم ان البيع ازالة ملك البائع عن المبيع والهبة ازالة ملك الواهب عن الموهوب ثم لو كان المشترى والموهوب له ممن يصح له الملك فى المبيع والموهوب يثبت الملك لهما والعبد ممن لا يصح ان يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فنفى البيع والهبة ازالة الملك لا الى احد ببدل على العبد وهذا تفسير الاعتاق على مال ولو قال انت حر وعليك الف درهم يعتق من غير قبول ولا يلزمه المال عند ابى حنيفة وعندهما لا يعتق الا بالقبول فاذا قبل عتق ولزمه المال وعلى هذا الخلاف اذا قال العبد لمولاه اعتقنى ولك ألف درهم فاعتقه والمسئلة ذكرت فى كتاب الطلاق وأما بيان ماهيته فالاعتاق على مال من جانب المولى تعليق وهو تعليق العتق بشرط قبول العوض فيراعى فيه من جانبه احكام التعليق حتى لو ابتدأ المولى فقال أنت حر على ألف درهم ثم أراد ان يرجع عنه قبل قبول العبد لا يملك الرجوع

عنه ولا الفسخ ولا النهى عن القبول ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول العبد ولا يشترط حضور العبد حتى لوكان غائبا عن المجلس يصح و يصح تعليقه بشرط واضافته الى وقت بان يقول له ان دخلت الدار وان كلمت فلانا فانت حر على الف درهم أو يقول ان دخلت أو ان كلمت فلانا فانت حر على ألف درهم غدا أو رأس شهر كذا ونحو ذلك ولا يصح شرط الخيار فيه بان قال انت حر على ألف على انى بالخيار ثلاثة أيام ومن جانب العبد معاوضة وهو معاوضة المال بالعتق لانه من جانبه تمليك المال بالعوض وهذا معنى معاوضة المال فيراعى فيه من جانبه احكام معاوضة المال كالبيع ونحوه حتى لو ابتدا العبد فقال اشتريت نفسى منك بكذا فله ان يرجع عنه و يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبول المولى و بقيام المولى أيضا ولا يقف على الغائب عن المجلس ولا يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى الوقت بان قال اشتريت نفسى منك بكذا اذا جاء غد أو قال عند رأس شهر كذا ولو قال اذا جاء غد فأعتقنى على كذا جاز لان هذا توكيل منه بالاعتاق حتى يملك العبد عزله قبل وجود الشرط و بعده وقبل ان يعتق ولو لم يعزله حتى اعتقه نفذ اعتاقه و يجوز بشرط الخيار لهما عند ابى حنيفة على ما ذكرنا فى كتاب الطلاق فى فصل الخلع والطلاق على مال ولا يصح الاعتاق على مال الا فى الملك لان التعليق بما سوى الملك وسببه من الشروط لا صحة له بدون الملك وكذا المعاوضة و يعتق العبد بنفس القبول لانه من جانبه تعليق العتق بشرط قبول العوض وقد وجد الشرط فينزل المعلق كالتعليق بدخول الدار وغيره ومن جانب العبد معاوضة وزوال الملك عن المعوض يتعلق بنفس قبول العوض فى المعاوضات كالبيع ونحوه بخلاف قوله ان اديت الى ألفا فانت حر لانه ليس فيه معنى المعاوضة رأسا بل هو تعليق محض وقد علقه بشرط الاداء فلا يعتق قبله والعتق ههنا تعلق بالقبول فاذا قبل عتق ولو قال المولى اعتقتك امس بالف درهم فلم يقبل وقال العبد قبلت فالقول قول المولى مع يمينه لانه من جانب المولى تعليق بشرط القبول والعبد يدعى وجود الشرط والمولى ينكر فكان القول قول المولى كما لو قال لعبده ان دخلت الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم والعبد يدعى الدخول وانكر المولى كان القول قول المولى كذا ههنا ولو كان الاختلاف فى البيع كان القول قول المشترى بان قال البائع بعتك عبدى امس بالف درهم فلم تقبل وقال المشترى بل قبلت فالقول قول المشترى والفرق ان البيع لا يكون بيعا الا بعد قبول المشترى فاذا قال بعتك فقد أقر بالقبول فبقوله لم تقبل يريد الرجوع عما اقر به وابطال ذلك فلم يقبل بخلاف الاعتاق على مال لان كونه تعليقا لا يقف على وجود القبول من العبد انما ذاك شرط وقوع العتق فكان الاختلاف واقعا فى ثبوت العتق وعدمه فكان القول قول المولى ولو اختلف المولى والعبد فى مقدار البدل فالقول قول العبد لانه هو المستحق عليه المال فكان القول قوله فى القدر المستحق كما فى سائر الديون ولانه لو وقع الاختلاف فى اصل الدين كان القول قول المنكر فكذا اذا وقع فى القدر وان اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت زيادة بخلاف التعليق بالاداء اذا اختلفا فى مبلغ المال ان القول فيه قول المولى لان الاختلاف هناك وقع فى شرط ثبوت العتق اذ هو تعليق محض فالعبد يدعى العتق على المولى وهو ينكر فكان القول قوله وان اقاما البينة فالبينة بينة العبد لان الاصل هو العمل بالبينتين ما أمكن اذ هو عمل بالدليلين وههنا امكن الجمع بينهما لعدم التنافى لانا نجعل كان المولى علق عتقه بكل واحد من الشرطين على حياله فايهما وجد عتق ثم اذا قبل العبد عتق وصار البدل المذكور دينا فى ذمته اذا كان مما يحتمل الثبوت فى الذمة فى الجملة على ما نبين و يسعى وهو حر فى جميع احكامه وذكر على الرازى اصلا فقال المستسعى على ضربين كل من يسعى فى تخليص رقبته فهو فى حكم المكاتب عند ابى حنيفة وكل من يسعى فى بدل رقبته الذى لزمه بالعتق أو فى قيمة رقبته لاجل بدل شرط عليه او لدين ثبت فى رقبته فهو بمنزلة الحر فى احكامه مثل ان يعتق الراهن عبده المرهون وهو معسر وكذلك العبد المأذون اذا اعتق وعليه دين وكذلك امة اعتقها سيدها على أن تتزوجه فقبلت ثم ابت فانها تسعى فى قيمتها وهى بمنزلة الحرة وكذلك اذا قال لعبده انت حر رقبتك قبل ذلك فهو بمنزلة الحر وانما كان كذلك لان السعاية فى هذه الفصول لزمت بعد ثبوت الحرية وفى الفصل الاول قبل ثبوتها وانما يسعى ليتوسل بالسعاية الى الحرية عند ابى حنيفة وعلى هذا لو ابرأ المولى

المكاتب من مال الكتابة فلم يقبل فهو حر وعليه ان يؤدى الكتابة لان الابراء يصح من غير قبول الا انه يرتد بالرد
لكن فيما يحتمل الرد والعتق لا يحتمل الرد فلم يرتد بالرد والمال يحتمل الرد فيرتد بالرد فيعتق و يلزمه المال ولو قال لامته
انت حرة على الف درهم فقبلت ثم ولدت ثم ماتت لم يكن على الولد أن يسعى فى شئ مما اعتقت عليه لانها اعتقت
بالقبول ودين الحرة لا يلزم ولدها وسواء اعتق عبده على عوض فقبل او نصف عبده على عوض فقبل انه يصح غير
انه اذا اعتق نصفه على عوض فقبل يعتق نصفه بالعوض و يسعى العبد فى نصف قيمته عن النصف الآخر فاذا
ادى بالسعاية عتق باقيه وهو قبل الاداء بمنزلة المكاتب فى جميع احكامه الا انه لا يرد فى الرق وهذا قول ابى حنيفة وعلى
قول ابى يوسف ومحمد يعتق كله ولا سعاية عليه بناء على ان العتق يتجزأ عنده فعتق البعض يوجب عتق الباقى فيجب
تخريجه الى العتاق فيلزمه السعاية وعندهما لا يتجزأ فكان عتق البعض بعوض عتقا للكل بذلك العوض وذكر محمد
فى الزيادات فيمن قال لعبده انت حر على ألف درهم انت حر على مائة دينار فقال العبد قد قبلت عتق وكان عليه
المالان جميعا وكذا لو قال لامرأته انت طالق ثلاثا على ألف درهم انت طالق ثلاثا على مائة دينار فقالت قد قبلت
طلقت ثلاثا بالمالين جميعا وهذا قول محمد وقال ابو يوسف فى مسئلة الطلاق القبول على الكلام الاخير وهى طالق ثلاثا
بمائة دينار قال الكرخى وكذلك قياس قوله فى العتق ووجهه انه لما اوجب العتق بعوض ثم أوجبه بعوض آخر فقد
انفسخ الايجاب الاول فتعلق القبول بالثانى كما فى البيع ولمحمد ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى
والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ فلم يتضمن الايجاب الثانى انفساخ الاول فيصح الايجابان و ينصرف القبول اليهما
جميعا اذ هو يصلح جوابا لهما جميعا فيلزمه المالان جميعا بخلاف البيع لان ايجاب البيع يحتمل الفسخ فيتضمن الثانى
انفساخ الاول ولو باع المولى العبد من نفسه أو وهب له نفسه على عوض فله ان يبيع العوض قبل القبض لانه مملوك
بسبب لا ينفسخ بهلاكه فجاز التصرف فيه قبل قبضه كالميراث وله ان يعتقه على مال مؤجل و يكون ذلك دينا عليه
مؤجلا وله ان يشترى منه شيئا يدا بيد ولا خير فيه نسيئة لان من أصل اصحابنا أن جميع الديون يجوز التصرف فيها قبل
القبض كاثمان البياعات والعروض والغصوب الا بدل الصرف والسلم الا انه لا بد من القبض فى المجلس لئلا يكون
افتراقا عن دين بدين ولو أعطاه كفيلا بالمال الذى اعتقه عليه فهو جائز لانه صار حرا بالقبول والكفالة بدين على حر
جائزة كالكفالة بسائر الديون وولاؤه يكون للمولى لانه عتق على ملكه والمال دين على العبد لانه فى جانبه معاوضة
والمولى أيضا لم يرض بخروجه عن ملكه الا ببدل وقد قبله العبد والله عز وجل أعلم وأما بيان ما تصح تسميته من
البدل وما لا تصح و بيان حكم التسمية وفسادها فالبدل لا يخلو اما أن يكون عين مال واما أن يكون منفعة وهى الخدمة
فان كان عين مال فاما أن يكون بعينه بأن كان معينا مشارا اليه واما ان كان بغير عينه بأن كان مسمى غير مشار اليه
فان كان بعينه عتق اذا قبل لان عدم ملكه لا يمنع صحة تسميته عوضا لانه مال معصوم متقوم معلوم ثم ان أجاز المالك
سلم عينه الى المولى وان لم يجز فعلى العبد قيمة العين لان تسميته قد صحت ثم تعذر تسليمه لحق الغير فتجب قيمته اذ
الاعتاق على القيمة جائز كما اذا قال أعتقتك على قيمة رقبتك أو على قيمة هذا الشئ فقبل يعتق وكذا عدم الملك فى باب
البيع لا يمنع صحة التسليم أيضا حتى لو اشترى شيئا بعبد مملوك لغيره صح العقد الا أن هناك ان لم يجز المالك يفسخ العقد
اذ لا سبيل الى ابقاعه على القيمة اذ البيع على القيمة بيع فاسد وههنا لا يفسخ لامكان الابقاء على القيمة اذ الاعتاق
على القيمة اعتاق صحيح فتجب قيمته كما فى النكاح والخلع والطلاق على مال وان كان بغير عينه فان كان المسمى
معلوم الجنس والنوع والصفة كالمكيل والموزون فعليه المسمى وان كان معلوم الجنس والنوع مجهول الصفة
كالثياب الهروية والحيوان من الفرس والعبد والجارية فعليه الوسط من ذلك واذا جاء بالقيمة يجبر المولى على القبول
لان جهالة الصفة لا تمنع صحة التسمية فيما وجب بدلا عما ليس بمال كالمهر و بدل الخلع والصلح من دم العمد وان كان
مجهول الجنس كالثوب والدابة والدار فعليه قيمة نفسه لان الجهالة متفاحشة فتفسد التسمية والاصل فيه ان كل

جهالة تزيد على جهالة القيمة توجب فساد التسمية كالجهالة الزائدة على جهالة مهر المثل فى باب النكاح والكلام فيه كالكلام فى المهر وقد ذكرناه على سبيل الاستقصاء فى كتاب النكاح الا أن هناك اذا فسدت التسمية يجب مهر المثل وههنا تجب قيمة العبد لان الموجب الاصلى هناك مهر المثل لانه قيمة البضع وهو العدل والمصير الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت صير الى الموجب الاصلى والموجب الاصلى ههنا قيمة العبد لان الاعتاق على مال معاوضة من جانب العبد ومبنى المعاوضة على المعادلة وقيمة الشئ هى التى تعادله الا أن عند صحة التسمية يعدل عنها الى المسمى فاذا فسدت وجب العوض الاصلى وهو قيمة نفس العبد وان كان البدل منفعة وهى خدمته بأن قال لعبده أنت حر على أن تخدمنى سنة فقبل فهو حر حين قبل ذلك والخدمة عليه يؤخذ بها لان تسمية الخدمة قد صحت فيلزمه المسمى كما اذا أعتقه على مال عين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لانه قبل الخدمة للمولى وقد مات المولى لكن للورثة أن يأخذوا العبد بقيمة نفسه وان كان قد خدم بعض السنة فلهم أن يأخذوه بقدر ما بقى من الخدمة وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يؤخذ العبد بقيمة تمام الخدمة ان كان لم يخدم وان كان قد خدم بعض الخدمة يؤخذ بقيمة ما بقى من الخدمة وكذلك اذا قال أنت حر على أن تخدمنى أربع سنين فمات المولى قبل الخدمة على قولهما على العبد قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته أربع سنين ولو كان العبد خدمه ثم مات المولى فعلى قولهما على العبد ثلاثة أرباع قيمة نفسه وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضى لمولاه فى ماله بقيمة نفسه عندهما وعنده يقضى بقيمة الخدمة وأصل المسئلة ان من باع العبد من نفسه بجارية بعينها ثم استحقت الجارية فعلى قولهما يرجع على العبد بقيمة نفسه وعلى قول محمد يرجع عليه بقيمة الجارية وكذلك لو لم تستحق ولكنه وجد بها عيبا فردها فهو على هذا الاختلاف وجملة الكلام فيه ان المولى اذا قبض العوض ثم استحق من يده فان كان العوض بغير عينه كالمكيل والموزون الموصوفين فى الذمة أو العروض والحيوان كالثوب الهروى والفرس والعبد والجارية فعلى العبد مثله فى المكيل والموزون والوسط فى الفرس والحيوان لان العقد وقع على مال فى الذمة وانما المقبوض عوض عما فى الذمة فاذا استحق المقبوض فقد انفسخ فيه القبض فبقى موجب العقد على حاله فله أن يرجع على العبد بذلك وان كان عينا فى العقد وهو مكيل أو موزون فكذلك يرجع المولى على العبد بمثله لما قلنا وان كان عرضا أو حيوانا فقد قال أبو حنيفة وأبو يوسف يرجع على العبد بقيمة نفسه وقال محمد يرجع عليه بقيمة المستحق (وجه) قول محمد ان العقد لم ينفسخ باستحقاق العوض لانه لا يحتمل الفسخ فيبقى موجبا لتسليم العوض وقد عجز عن تسليمه فيرجع عليه بقيمته كالخلع والصلح عن دم العمد ولهما ان العقد قد انفسخ فى حق أحد العوضين وهو المستحق لانه تبين أنه وقع على عين هى ملك المستحق ولم يجز واذا انفسخ العقد فى حقه لم يبق موجبا على العبد تسليمه فلا يجب عليه قيمته وانفساخه فى حق أحد العوضين يقتضى انفساخه فى حق العوض الآخر وهو نفس العبد الا أنه تعذر اظهاره فى صورة العبد فيجب اظهاره فى معناه وهو قيمته فتجب عليه اذ قيمته قائمة مقام رد عينه كمن باع عبدا بجارية فأعتقها ومات العبد قبل التسليم انه يجب على البائع رد قيمة العبد لا رد قيمة الجارية كذا ههنا ثم ما ذكرنا من الاختلاف فى العيب اذا كان العيب فاحشا لان العيب الفاحش فى هذا الباب يوجب الرد بلا خلاف كما فى باب النكاح فأما اذا كان غير فاحش فكذلك عندهما وأما عند محمد فلا يملك ردها لانه مبادلة المال بما ليس بمال فأشبه النكاح والمرأة فى باب النكاح لا تملك رد المهر الا فى العيب الفاحش وكذا المولى ههنا ولو قال عبد رجل لرجل اشترلى نفسى من مولاى بألف درهم فاشتراه فالوكيل لا يخلو اما أن يبين وقت الشراء انه يشترى نفس العبد للعبد واما ان لم يبين فان بين جاز الشراء وعتق العبد بقبول الوكيل ويجب الثمن لانه أتى بما وكل به فنفذ على الموكل ثم ذكر فى الجامع ان المولى يطالب الوكيل ثم الوكيل يطالب العبد فقد جعل هذا التصرف فى حكم معاوضة المال بالمال كالبيع ونحوه لان حقوق العقد انما ترجع الى الوكيل فى مثل هذه

المعاوضة وذكر فى كتاب الوكالة أنه يطالب العبد ولا يطالب الوكيل واعتبره معاوضة المال بما ليس بمال كالنكاح والخلع والطلاق على مال والصلح عن دم العمد وان لم يبين يصير مشتريا لنفسه لا للعبد لانه اذا لم يبين فالبائع رضى بالبيع لا بالاعتاق فلو قلنا انه يصير مشتريا للعبد ويعتق لكان فيه اثبات الولاية على البائع من غير رضاه وهذا لا يجوز وكذلك لو بين لكنه لو خالف فى الثمن بأن اشترى بزيادة يكون مشتريا لنفسه لما قلنا هذا اذا أمر العبد رجلا فأما اذا أمر رجل العبد بأن يشترى نفسه من مولاه بألف درهم فاشترى فان بين وقت الشراء أنه يشترى للآمر فيكون للآمر ولا يعتق لانه اشترى للآمر لا لنفسه فيقع الشراء للآمر ويصير قابضا لنفسه بنفس العقد لانه فى يد نفسه وليس للبائع أن يحبسه لاستيفاء الثمن لانه صار مسلما اياه حيث عقد على شئ هو فى يده وهو نفسه ولو وجد الآمر به عيبا له أن يرده ولكن العبد هو الذى يتولى الرد لانه وكيل وحقوق هذا العقد ترجع الى العاقد وان لم يبين وقال لمولاه بع نفسى منى بألف درهم فباع صار مشتريا لنفسه وعتق لان بيع نفس العبد منه اعتاق وكذا اذا بين وخالف أمره يصير مشتريا لنفسه ويعتق ولو قال لعبد واحد أنت حر على ألف درهم فقبل أن يقبل قال له أنت حر على مائة دينار فان قال قبلت بالمالين عتق ويلزمه المالان جميعا بلا خلاف وان قال قبلت مبهما ولم يبين فكذلك فى قول محمد وكذلك لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على ألف درهم أنت طالق ثلاثا على مائة دينار انها ان قالت قبلت بالمالين طلقت بالمالين بلا خلاف وان أبهمت بأن قالت قبلت طلقت ثلاثا بالمالين جميعا فى قول محمد وأما عند أبى يوسف فالقبول على الكلام الاخير فى المسئلتين ووجهه ان القبول خرج عقب الايجاب الاخير فينصرف اليه ولانه لما أوجب بعوض ثم أوجب بعوض آخر تضمن الثانى انفساخ الاول كما فى البيع فيتعلق القبول بالثانى كما فى البيع ولمحمد الفرق بين الاعتاق والطلاق على مال وبين البيع وهو ان الاعتاق والطلاق على مال تعليق من جانب المولى والزوج وانه لا يحتمل الانفساخ فلم يوجب الثانى رفع الاول بخلاف البيع لانه يحتمل الرفع والفسخ فيوجب الثانى ارتفاع الاول هذا اذا قبل بالمالين أو قبل على الابهام فأما اذا قبل باحد المالين بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى أنه لا يعتق وعلل بان للمولى أن يقول أعتقتك بالمالين جميعا فلا يعتق بقبول أحدهما مع الشك وذكر أبو يوسف فى الامالى أنه يعتق ووجهه أن المولى أتى بايجابين مختلفين فكان للعبد أن يقبل بأيهما شاء ولو قال أنت حر على ألف درهم أو مائة دينار فان قبل بأحد المالين عينا عتق بان قال قبلت بالدراهم أو قال قبلت بالدنانير لانه أعتقه باحد المالين وان قبل بأحد المالين غير عين عتق أيضا لوجود الشرط ويلزمه أحد المالين والبيان اليه كما اذا قال لفلان على ألف درهم أو مائة دينار يلزمه أحدهما والبيان اليه كذا ولو قال قبلت بالمالين لا شك أنه يعتق لان فى قبول المالين قبول أحدهما فوجد شرط العتق فيعتق ويلزمه أحد المالين لانه أعتقه على أحد المالين فلا تلزمه الزيادة والبيان الى العبد يختار أيهما شاء وكذلك اذا قال قبلت ولم يبين يعتق ويلزمه أحد المالين وخيار التعيين اليه لان قوله قبلت يصلح جواب الايجاب فيصير كانه قال قبلت باحدهما ولم يعين أو قبلت بهما وهناك يعتق وخيار التعيين اليه كذا ههنا وعلى هذا اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم أو على مائة دينار فقبلت باحدهما عينا أو غير عين أو قبلت بالمالين أو أبهمت لما قلنا فى العتق وكذلك لو قال أنت حر على ألف درهم أو على ألفين الا ان ههنا اذا قبل بالمالين يعتق بالف ولا يخير لان الجنس متحد والتخيير بين الاكثر والاقل فى الجنس الواحد لا يفيد لانه لا يختار الا الاقل بخلاف الفصل الاول لان هناك اختلف الجنس فكان التخيير مفيدا هذا كله اذا أضاف العتق الى معين فان أضافه الى مجهول بان قال لعبديه أحدكما حر بالف درهم لا يعتق واحد منهما ما لم يقبلا جميعا حتى لو قبل أحدهما ولم يقبل الآخر لا يعتق لان قوله أحدكما كما يقع على القابل يقع على غير القابل فمن الجائز أنه عنى به غير القابل ألا ترى أن له أن يقول عنيت به غير القابل فلو حكمنا بعتق القابل لكان فيه اثبات العتق بالشك وان قبلا جميعا فان قبل كل واحد منهما بخمسمائة لا يعتق واحد منهما لانه أعتق أحدهما بالف لا بخمسمائة وان قبل كل واحد منهما

بالف بان قال كل واحد منهما قبلت بالف درهم أو قال قبلت ولم يقل بالف أو قالا ما قبلنا بالف أو قالا قبلنا ولم يذكرا
الالف عتق أحدهما بالف لوجود شرط العتق وهو قبول كل واحد منهما الالف ويقال للمولى اختر العتق فى أحدهما
لانه هو الذى أجمل العتق فكان البيان اليه فايهما اختار عتق ولزمته الالف فان مات قبل البيان يعتق من كل واحد
منهما نصفه بخمسمائة ويسعى فى نصف قيمته لانه لما مات قبل البيان وقد شاع عتق رقبة فيهما فيقسم عليهما نصفين
ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبلا ثم قال أحدكما حر بالف درهم أو قال أحدكما حر بغير شىء فاللفظ الثانى لغو لانهما
لما قبلا العتق بالايجاب الاول فقد نزل العتق فى أحدهما لوجود شرط النزول وهو قبولهما فلا يجاب الثانى يقع جمعا
بين حر وعبد فلا يصح ولو لم يقبلا ثم قال أحدكما حر بغير شىء عتق أحدهما باللفظ الثانى بغير شىء لانهما لما لم يقبلا
لم ينزل العتق بالايجاب الاول فصح الايجاب الثانى وهو تنجيز العتق على أحدهما غير عين فيقال للمولى اصرف اللفظ
الثانى الى أحدهما فاذا صرفه الى أحدهما عتق ذلك بغير شىء لان التنجيز حصل بغير بدل وأما الآخر فان قبل البدل
فى المجلس يعتق والا فلا لان الايجاب الاول وقع صحيحا لحصوله بين عبدين وتعلق العتق بشرط القبول وقد وجد فيه
ضرب اشكال وهو أن شرط وجوب الحرية لاحدهما هو قبولهما ولم يوجد ههنا الا قبول أحدهما فينبغى أن لا يعتق
العبد الآخر والجواب أن الايجاب أضيف الا أحدهما ألا يرى أنه قال أحدكما حر وقد وجد القبول من أحدهما
ههنا الا انه اذا لم ينجز عتق أحدهما يتوقف عتق أحدهما على قبولهما جميعا لاحتمال أنه أراد به الآخر فاذا عينه فى
التخيير علم أنه ما أراده بالايجاب الاول لان الاعتاق من المعتق لا يتصور فتعين الآخر للقبول وقد قبل فيعتق ولو قبلا
جميعا قبل البيان عتقا لان العتق لم ينزل بالايجاب الاول لانه تعليق العتق بشرط القبول فلا ينزل قبل وجود الشرط
فيصح الايجاب الثانى فاذا قبلا جميعا فقد تيقنا بعتقهما لان أيهما أريد بالايجاب الاول عتق بالقبول وأيهما أريد
بالايجاب الثانى عتق من غير قبول لانه ايجاب بغير بدل فكان عتق كل واحد منهما متيقنا به لكن عتق أحدهما
بالايجاب الاول وعتق الآخر بالايجاب الثانى فيعتقان ولا يقضى عليهما بشىء لان أحدهما وان عتق بالايجاب
ببدل الا انه مجهول والقضاء بايجاب المال على المجهول متعذر كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم انه لا يلزمهما
بهذا الاقرار شىء لكون المقضى عليه مجهولا كذا هذا ولو لم يقبلا جميعا ولكن قبل أحدهما لا يعتق الا أحدهما
لوجود شرط عتق أحدهما وهو قبول أحدهما فى هذه الصورة لم يتيقن العتق ثم ان صرف المولى اللفظ الثانى الى غير
القابل عتق غير القابل بغير شىء وعتق القابل بالف وان صرف اللفظ الثانى الى القابل عتق القابل بغير شىء وعتق
غير القابل باللفظ الاول بالف ان قبل فى المجلس لان القابل منهما يعتق بالايجاب الاول وانه ايجاب ببدل فيعتق
ببدل وغير القابل يعتق بالايجاب الثانى وانه ايجاب بغير بدل فيعتق بغير بدل ولو قال لعبديه أحدكما حر بغير شىء ثم
قال أحدكما حر بالف درهم فالكلام الثانى لغو لان أحدهما عتق بالايجاب الاول لوجود تنجيز العتق فى أحدهما
فالثانى يقع جمعا بين الحر والعبد فيبطل ولو قال أحدكما حر بالف درهم فقبل أن يقبلا قال أحدكما حر بمائة دينار فان
قبل كل واحد منهما العتق باحد المالين بان قبل أحدهما بالف درهم وقبل الآخر بمائة دينار أو قبل أحدهما بالمالين ولم
يقبل الآخر أو قبل أحدهما بالمالين وقبل الآخر بمال واحد لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يجمع المالين على
أحدهما فيقول عنيتك بالمالين أو يقول عنيت غيرك فلا يثبت العتق مع الشك فان قبلا جميعا بالمالين بان قال كل واحد
منهما قبلت بالمالين أو قالا جميعا قد قبلنا يخير المولى فيقال له اما أن تصرف اللفظين جميعا الى أحدهما فتجمع المالين عليه
فيعتق بالمالين ويبقى الآخر رقيقا واما أن تصرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى صاحبه فيعتق أحدهما
بالف درهم والآخر بمائة دينار لان الايجابين وقعا صحيحين أما الاول فلا شك فيه ولانه أضيف الى أحد العبدين
وكذا الثانى لان الايجاب الاول لم يتصل به القبول والعتق معلق بالقبول فالايجاب الثانى حصل مضافا الى أحد عبدين
فيصح ومتى صح الايجاب الثانى فيحتمل أنه عنى به من عناه بالايجاب الاول ويحتمل أنه عنى به العبد الآخر لذلك

خير المولى فان مات قبل البيان عتق من كل واحد ثلاثة أرباعه بنصف المالين لان أحدهما حر بيقين لانه أراد بالايجاب الثانى غير من أراده بالاول فكان الثابت بالكلامين عتقين بكل كلام عتق وان أراد بالثانى عين من أراده بالاول كان الثابت بالكلامين عتق واحد فاذا عتق واحد ثابت بيقين والعتق الآخر يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فينصف فثبت عتق ونصف عتق بالمالين وليس أحدهما بكمال العتق باولى من الآخر فينقسم عتق ونصف عتق بينهما فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق بنصف المالين ويسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبد له بعينه أنت حر على ألف درهم فقبل ان يقبل جمع بين عبد له آخر وبينه فقال أحدكما حر بمائة دينار فقالا قبلنا تخير المولى فان شاء صرف اللفظين الى المعين وعتق بالمالين جميعا وان شاء صرف أحد اللفظين الى أحدهما والآخر الى الآخر وعتق المعين بألف درهم وغير المعين بمائة دينار لان الايجابين صحيحان لما قلنا فيحتمل أنه أراد بالثانى المعين أيضا ويحتمل انه أراد به غير المعين فيقال له بين فان بين فالحكم للبيان فان مات قبل البيان عتق المعين كله لانه دخل تحت الايجابين جميعا أما الايجاب الاول فلا شك فيه لانه خصه به فلا يشاركه فيه غيره وأما الايجاب الثانى فلان قوله أحدكما يقع على كل واحد منهما فاذا قبل الايجابين وجد شرط عتقه فيعتق فيلزمه ألف درهم وخمسون دينارا أما الالف فلانه لا مشاركة للثانى فيهما وأما نصف المائة الدينار فلانه فى حال يلزمه مائة دينار وهى ما اذا عناه باللفظين وفى حال لا يلزمه منها شيء وهى ما اذا عنى باللفظ الثانى غيره فينتصف ذلك فيلزمه خمسون دينارا وأما غير المعين فانه يعتق نصفه بنصف المائة لانه يعتق فى حال ولا يعتق فى حال لانه ان عناه بالايجاب الثانى يعتق كله بكل المائة وان لم يعنه لا يعتق شيء منه ولا يلزمه شيء فيعتق فى حال ولم يعتق فى حال فتعتبر الاحوال ويعتق نصفه بنصف المائة وهو خمسون هذا اذا عرف المعين من غير المعين فان لم يعرف وقال كل واحد منهما أنا المعين يعتق من كل واحد منهما ثلاثة أرباعه بنصف المالين وهو نصف الالف ونصف المائة الدينار لاستوائهما فى ذلك والثابت عتق ونصف عتق فيصيب كل واحد منهما ثلاثة أرباع العتق ويسعى فى ربع قيمته ولو قال لعبديه أحدكما حر على ألف درهم والآخر على خمسمائة فان قالا جميعا قبلنا أو قال كل واحد منهما قبلت بالمالين أو قال كل واحد منهما قبلت بأكثر المالين عتقا جميعا فيلزم كل واحد منهما خمسمائة أما عتقهما فلان الايجابين خرجا على الصحة بخروج كل واحد منهما بين عبدين والمراد بالايجاب الثانى ههنا غير المراد بالايجاب الاول فاذا قبلا فقد وجد شرط نزول العتق فيهما جميعا وانقطع خيار المولى ههنا فيعتقان جميعا وعلى كل واحد منهما خمسمائة لان أحدهما عتق بألف والآخر بخمسمائة لكنا لا ندرى الذى عليه الالف والذى عليه خمسمائة الا انا تيقنا بوجوب خمسمائة على كل واحد منهما وفى الفضل الثانى شك فيجب المتيقن ولا يجب المشكوك فيه كاثنين قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر خمسمائة لا يطالب كل واحد منهما الا بخمسمائة لما قلنا فكذا هذا ولو قبل أحدهما بأقل المالين والآخر بأكثر المالين عتق الذى قبل العتق بأكثر المالين لانه لا يخلو اما ان عناه المولى بالايجاب بالاقل أو بالايجاب بالاكثر فيتيقنا بعتقه ثم فى الاكثر قدر الاقل وزيادة فيلزمه خمسمائة كانه قال قبلت بالمالين فيلزمه الاقل وهو خمسمائة ويصير بعد العتق كانه قال لك على ألف درهم أو خمسمائة ولو قال ذلك لزمه الاقل كذا ههنا ولو قبل كل واحد منهما بأقل المالين لا يعتقان لان حجة المولى لم تنقطع لان له أن يقول لم أعتقك بهذا المال بخلاف ما اذا قبل أحدهما بأكثر المالين لان الاقل داخل فى الاكثر ولو قال أحدكما حر بألف والآخر بألفين فان قبلا بان قال كل واحد منهما قبلت المالين أو قالا قبلنا عتقا لوجود شرط عتقهما وعلى كل واحد منهما ألف لانه أعتق أحدهما بألف والآخر بألفين فتيقنا بوجوب الالف على كل واحد منهما كرجلين قالا لرجل لك على أحدنا ألف وعلى الآخر ألفان يلزم كل واحد منهما ألف لكون الالف تيقنا بها كذا هذا وان قبل أحدهما المالين جميعا بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت أو قبل بأكثر المالين بان قال قبلت بالمالين أو قال قبلت بألفين يعتق لوجود شرط العتق وهو القبول

أما اذا قبل بالمالين أو قال قبلت فلا شك فيه وكذا اذا قبل بأكثر المالين لوجود القبول المشروط بيقين فيعتق وقيل
هذا على قياس قولهما فاما على قياس قول أبي حنيفة ينبغي ان لا يعتق وهو القياس على مسئلة الشهادة بالالف والالفين
والصحيح انه يعتق بلا خلاف واذا عتق لا يلزمه الا الف درهم لان الواجب أحد المالين وأحدهما أقل والآخر
أكثر والجنس متحد فيتعين بالاقل للوجوب ولا يخير العبد ههنا لان التخيير بين الاقل والاكثر عند اتحاد الجنس
غير مفيد لانه يختار الاقل لا محالة وان قبل أحدهما الالف لا يعتق لان للمولى أن يصرف العتق الى الآخر كما اذا
قال أحدكما حر بألفين فقبل أحدهما ولو قال أحدكما حر بألف أحدكما حر بمائة دينار فان قبلا عتقا لوجود شرط
العتق ولا شيء عليهما لان المقضى عليه مجهول اذ لا يدرى الذي عليه الالف منهما والذي عليه المائة الدينار كاثنين
قالا لرجل لك على أحدنا ألف درهم وعلى الآخر مائة دينار انه لا يلزم أحدهما شيء كذا هذا وكذا هذا في الطلاق بان
قال لامرأتيه احداكما طالق بألف والاخرى بمائة دينار فقبلتا جميعا طلقت كل واحدة منهما طلقة بائنة ولا يلزمهما
شيء لما قلنا وان قبل أحدهما العتق بألف درهم أو بمائة دينار أو قبل أحدهما العتق بأحد المالين والآخر بالمال
الآخر لا يعتق واحد منهما لان للمولى أن يقول لم أعنك بهذا المال الذي قبلت ولو قبل أحدهما بالمالين عتق ويلزمه
أي المالين اختاره لان الواجب أحدهما وهما جنسان مختلفان فكان التخيير مفيدا فيخير بخلاف الفصل
الاول فان قبل الآخر في المجلس عتقا وسقط المال عن القابل الاول لان المقضى عليه مجهول هذا اذا كان قبل
قبل البيان من الاول فان قبل بعد البيان عتق الثاني بغير شيء وعتق الاول بالمالين لان بيانه في حق نفسه صحيح وفي
حق الآخر لم يصح ولو قال أحدكما حر بألف والآخر حر بغير شيء فان قبلا جميعا عتقا لوجود شرط عتقهما
وهو قبولهما ولا شيء عليهما لان الذي عليه البدل مجهول ولا يمكن القضاء على المجهول كرجلين قالا لرجل لك على
أحدنا ألف درهم ولا شيء على الآخر لا يجب على أحدهما شيء لجهالة من عليه الواجب كذا ههنا وان قبل أحدهما
بألف ولم يقبل الآخر يقال للمولى اصرف اللفظ الذي هو اعتاق بغير بدل الى أحدهما فان صرفه الى غير القابل
عتق غير القابل بغير شيء وعتق القابل بألف وان صرفه الى القابل عتق القابل بغير شيء ويعتق الآخر بالايجاب
الذي هو ببدل اذا قبل في المجلس وكذا لو لم يقبل واحد منهما حتى صرف الايجاب الذي هو بغير بدل الى أحدهما
يعتق هو ويعتق الآخر ان قبل البدل في المجلس والا فلا وان مات المولى قبل البيان عتق القابل كله وعليه خمسمائة
وعتق نصف الذي لم يقبل ويسعى في نصف قيمته أما عتق القابل كله فلان عتقه ثابت بيقين لانه ان أريد بالايجاب
الاول عتق وان أريد بالايجاب الثاني عتق فكان عتقه متيقنا به وأما لزوم خمسمائة لانه ان أعتق بالايجاب الاول
يعتق بألف وان أعتق بالايجاب الثاني يعتق بغير شيء فينصف الالف فيلزمه خمسمائة وأما عتق النصف من غير
القابل فلانه ان أريد باللفظ الاول لا يعتق وان أريد باللفظ الثاني يعتق فيعتق في حال دون حال فيتنصف عتقه فيعتق
نصفه ويسعى في نصف قيمته هذا اذا كان الاعتاق تنجيزا أو تعليقا بشرط فأما اذا كان أضافه الى وقت فلا يخلو
اما ان أضافه الى وقت واحد واما ان أضافه الى وقتين فان أضافه الى وقت واحد فاما ان أضافه الى مطلق الوقت واما
ان أضافه الى وقت موصوف بصفة وفي الوجوه كلها يشترط وجود الملك وقت الاضافة لان اضافة الاعتاق الى وقت
اثبات العتق في ذلك الوقت لا محالة ولا ثبوت للعتق بدون الملك ولا يوجد الملك في ذلك الوقت الا اذا كان موجودا
وقت الاضافة لانه ان كان موجودا وقت الاضافة فالظاهر انه يبقى الى الوقت المضاف اليه فيثبت العتق واذا لم يكن
موجودا كان الظاهر بقاءه على العدم فلا يثبت العتق في الوقت المضاف اليه لا محالة فيكون خلاف تصرفه والاصل
اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه أما الاضافة الى وقت مطلق فنحو ان يقول لعبده أنت حر غدا أو رأس
شهر كذا فيعتق اذا جاء غد أو رأس الشهر لانه جعل الغد أو رأس الشهر ظرفا للعتق فلا بد من وقوع العتق عنده
ليكون ظرفا له وليس هذا تعليقا بشرط لانعدام أدوات التعليق وهي كلمات الشرط ولهذا لو حلف لا يحلف فقال

هذه المقالة لا يحنث بخلاف ما اذا قال أنت حر اذا جاء غد لان ذلك تعليق بشرط لوجود كلمة التعليق فان قيل كيف
يكون تعليقا بشرط والشرط ما فى وجوده خطر ومجىء الغد كائن لا محالة قيل له من مشايخنا من قال ان الغد فى نفسه
خطر لاحتمال قيام الساعة فى كل ساعة قال الله سبحانه وتعالى وما أمر الساعة الا كلمح البصر أو هو أقرب فيصلح
مجىء الغد شرطا لكن هذا الجواب ليس بسديد لان الساعة لا تقوم الا عند وجود اشراطها من خروج يأجوج
ومأجوج ودابة الارض وخروج الدجال وطلوع الشمس من مغربها ونحو ذلك مما دل عليه الكتاب وردت
به الاخبار والجواب الصحيح ان يقال ان مجىء الغد وان كان متيقن الوجود يمكن كونه شرطا لوقوع العتق
وليس بمتيقن الوجود بل له خطر الوجود والعدم لاحتمال موت العبد قبل مجىء الغد أو موت المولى أو موتهما وحينئذ
لا يكون شرطا لعدم تصور الجزاء على ان الشرط اسم لما جعل علما لنزول الجزاء سواء كان موهوم الوجود أو متيقن
الوجود وأما الاضافة الى وقت موصوف فنحو ان يقول لعبده أنت حر قبل دخولك الدار بشهر أو قبل قدوم فلان
بشهر أو قبل موت فلان بشهر ولا شك انه لا يعتق قبل وجود الوقت الموصوف حتى لو وجد شىء من هذه الحوادث
قبل تمام الشهر لا يعتق لانه أضاف العتق الى الوقت الموصوف فلا يثبت قبله ويشترط تمام الشهر وقت التكلم وان
كان العبد فى ملكه قبل ذلك بشهور بل بسنين لان اضافة العتق الى وقت ايجاب العتق فيه غير ايجاب العتق فى
الزمان الماضى وايجاب العتق فى الزمان الماضى لا يتصور فلا يحمل كلام العاقل عليه ولا شك ان العتق ثبت عند
وجود هذه الحوادث تمام الشهر واختلف فى كيفية ثبوته فقال زفر يثبت من أول الشهر بطريق الظهور وقال
أبو يوسف ومحمد يثبت مقتصرا على حال وجود الحوادث وأبو حنيفة فرق بين القدوم والدخول وبين الموت فقال فى
القدوم والدخول كما قالا وفى الموت كما قال زفر حتى لو كان المملوك أمة فولدت فى وسط الشهر يعتق الولد فى قول
أبى حنيفة وزفر وعندهما لا يعتق وجه قول زفر انه أوقع العتق فى وقت موصوف بكونه متقدما على هذه الحوادث
بشهر فاذا وجدت بعد شهر متصلا به علم ان الشهر من أوله كان موصوفا بالتقدم عليها لا محالة فتبين ان العتق كان واقعا
فى أول الشهر كما اذا قال أنت حر قبل رمضان بشهر ولا فرق سوى ان هناك يحكم بالعتق من أول هلال شعبان ولا
يتوقف على مجىء شهر رمضان وههنا لا يحكم بالعتق من أول الشهر لان ثمة رمضان يتصل بشعبان لا محالة وههنا
وجود هذه الحوادث يحتمل ان يتصل بهذا الشهر ويحتمل أن لا يتصل لجواز انها لا توجد أصلا فما فى ثبوت العتق
فى المسئلتين من ابتداء الشهر فلا يختلفان ولهذا قال أبو حنيفة ثبوت العتق بطريق الظهور فى الموت وجه قولهما ان
هذا فى الحقيقة تعليق العتق بهذه الحوادث لانه أوقع العتق فى شهر متصف بالتقدم على هذه الحوادث ولا يتصف
بالتقدم عليها الا باتصالها به ولا تتصل به الا بعد وجودها فكان ثبوت العتق على هذا التدريج متعلقا بوجود هذه
الحوادث فيقتصر على حال وجودها ولهذا قال أبو حنيفة هكذا فى الدخول والقدوم كذا فى الموت بخلاف شعبان
لان اتصاف شعبان بكونه متقدما على رمضان لا يقف على مجىء رمضان ووجه الفرق لابى حنيفة بين الدخول
والقدوم وبين الموت ان فى مسئلة القدوم والدخول بعد ما مضى شهر من وقت التكلم بقى الشهر الذى أضيف اليه
العتق هو موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد لان قدوم فلان موهوم الوجود قد يوجد وقد لا يوجد فان وجد يوجد
هذا الشهر والا فلا لما ذكرنا ان هذا الشهر لا وجود له بدون الاتصاف ولا اتصاف بدون الاتصال ولا اتصال
بدون القدوم اذ الاتصال انما يتصور بين موجودين لا بين موجود ومعدوم فصار العتق وان كان مضافا الى الشهر
متعلقا بوجود القدوم فكان هذا تعليقا ضرورة فيقتصر الحكم المتعلق به على حال وجود الشرط كما فى سائر التعليقات
أما فى مسئلة الموت فبعد ما مضى شهر من زمن الكلام لم يبق ذات الشهر الذى أضيف اليه العتق موهوم الوجود بل
هو كائن لا محالة لان الموت كائن لا محالة فصار هذا الشهر متحقق الوجود بلا شك بخلاف الشهر المتقدم على الدخول
والقدوم غير انه مجهول الذات فلا يحكم بالعتق قبل وجود الموت واذا وجد فقد وجد المعرف للشهر بخلاف الشهر

المتقدم على شهر رمضان فانه معلوم الذات لانه كما وجد شعبان علم انه موصوف بالتقدم على رمضان وههنا بخلافه
وبخلاف القدوم والدخول فان بعد مضى شهر من وقت الكلام بقى ذات الشهر الذى أضيف اليه العتق موهوم
الوجود فلم يكن القدوم معرفا للشهر بل كان محصلا للشهر الموصوف بهذه الصفة بحيث لولا وجوده لما وجد هذا
الشهر البتة فكان الموت مظهرا معينا للشهر فيظهر من الاصل من حين وجوده ثم اختلف مشايخنا فى كيفية الظهور
على مذهب أبى حنيفة قال بعضهم هو ظهور محض فتبين ان العتق كان واقعا من أول الشهر من غير اعتبار حالة الموت
وهو ان يعتبر الوقوع أولا ثم يسرى الى أول الشهر لان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذى أثبته المتصرف
والمتصرف أضاف العتق الى أول الشهر المتقدم على الموت فيقع فى أول الشهر لا فى آخره فكان وقت وقوع الطلاق
أول الشهر فيظهر ان العتق وقع من ذلك الوقت كما اذا قال ان كان فلان فى الدار فعبده حر فمضت مدة ثم علم انه كان
فى الدار يوم التكلم يقع العتق من وقت التكلم لا من وقت الظهور وهؤلاء قالوا لو كان مكان العتاق طلاق ثلاث
فالعدة تعتبر من أول الشهر فى قول أبى حنيفة حتى لو حاضت فى الشهر حيضتين ثم مات فلان كانت الحيضتان
محسوبتين من العدة ولو كان قال أنت طالق قبل موت فلان بشهرين أو ثلاثة أشهر ثم مات فلان لتمام المدة أو كانت
المرأة رأت ثلاثة حيض فى المدة تبين عند موته ان الطلاق كان واقعا وان العدة قد انقضت كما لو قال ان كان زيد فى
الدار فامرأتى طالق ثم علم بعد ما حاضت المرأة ثلاث حيض انه كان فى الدار يوم التكلم به تبين انها قد طلقت من ذلك
الوقت وانها منقضية العدة كذا هذا وكذلك لو قال ان كان حمل فلانة غلاما فانت طالق فولدت غلاما يقع الطلاق
على طريق التبيين كذا هذا والذى يؤيد ما قلنا ان رجلا لو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى
ثم مات طلقت الثانية على وجه التبيين المحض عند أبى حنيفة وان كان لا نحكم بطلاقها ما لم يمت كذا ههنا وقالوا لو
خالعها فى وسط الشهر ثم مات فلان لتمام الشهر فالخلع باطل ويؤمر الزوج برد بدل الخلع سواء كانت عند الموت
معتدة أو منقضية العدة أو كانت ممن لا عدة عليها بان كانت غير مدخول بها وهؤلاء طعنوا فيما ذكر محمد فى الكتاب
لتخريج قول أبى حنيفة انه ان مات فلان وهى فى العدة نحكم ببطلان الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع وان كانت
غير معتدة وقت موت فلان بان كان بعد الخلع قبل موت فلان أسقطت سقطا أو كانت غير مدخول بها لا يبطل
الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع وقالوا هذا التخريج لا يستقيم على قول أبى حنيفة لان هذا ظهور محض فتبين
عند وجود الجزء الاخير ان هذا الشهر من ابتداء وجوده موصوف بالتقدم فتبين ان الطلقات الثلاث كانت واقعة
من ذلك الوقت سواء كانت معتدة أو غير معتدة كما لو قال ان كان فلان فى الدار فامرأته طالق ثم خالعها ثم تبين انه
كان يوم الحلف فى الدار انه يتبين ان الخلع كان باطلا على الاطلاق سواء كانت معتدة أو لم تكن كذا ههنا والفقه
ان وقت الموت اذا لم يكن وقت وقوع الطلاق لا يعتبر فيه قيام الملك والعدة وعامة مشايخنا قالوا ان العتق أو الطلاق
يقع وقت الموت ثم يستند الى أول الشهر الا انه يظهر انه كان واقعا من أول الشهر ووجهه مما لا يمكن الوصول اليه
الا بتقدمة وهى ان ما كان الدليل على وجوده قائما يجعل موجودا فى حق الاحكام لان اقامة الدليل مقام المدلول
أصل فى الشرع والعقل ألا ترى ان الخطاب يدور مع دليل القدرة وسببها دون حقيقة القدرة ومع دليل العلم وسببه
دون حقيقة العلم حتى لا يعذر الجاهل بالله عز وجل لقيام الآيات الدالة على وجود الصانع ولا بالشرائع عند امكان
الوصول الى معرفتها بدليلها ثم الدليل وان خفى بحيث يتعذر الوصول اليه يكتفى به اذا كان يمكن الحصول فى الجملة اذ
الدلائل تتفاوت فى نفسها فى الجلاء والخفاء والمستدلون أيضا يتفاوتون فى الغباوة والذكاء فالشرع أسقط اعتبار
هذا التفاوت فكانت العبرة لاصل الامكان فى هذا الباب وأما ما كان الدليل فى حقه منعدما فهو فى حق الاحكام
ملحق بالعدم واذا عرف هذا فنقول الشهر الذى يموت فلان فى آخره فان اتصف بالتقدم من وقت وجوده لكن كان
دليل اتصافه منعدما أصلا فلم يكن لهذا الاتصاف عدة ويبقى ملك النكاح الى آخر جزء من أجزاء الشهر فيعلم

كونه

كونه متقدما على موته ومن ضرورة اتصاف هذا الجزء بالتقدم اتصاف جميع الاجزاء المتقدمة عليه الى تمام الشهر ولا يظهر ان دليل الاتصاف كان موجودا فى أول الشهر اذ الدليل هو آخر جزء من أجزاء الشهر ووجود الجزء الاخير من الشهر مقارنا لاول الشهر محال فلم يكن دليل اتصاف الشهر بكونه متقدما موجودا فلم يعتبر هذا الاتصاف فبقى ملك النكاح الى وقت وجود الجزء الاخير فيحكم فى هذا الجزء بكونها طالقا ومن ضرورة كونها طالقا فى هذا الجزء ثبوت الانطلاق من الاصل لانها تكون طالقا بذلك الطلاق المضاف الى أول الشهر الموصوف بالتقدم على الموت فلاجل هذه الضرورة حكم بالطلاق من أول الشهر لكن بعدما كان النكاح الى هذا الوقت قائما لعدم دليل الاتصاف بالتقدم على ما بينا ثم لما حكم بكونها طالقا للحال وثبت الانطلاق فيما مضى من أول الشهر ضرورة جعل كان الطلاق يقع للحال ثم بعد وقوعه يسرى الى أول الشهر هكذا يوجب ضرورة ما بينا من الدليل واذا جعل هكذا تخرج عليه المسائل أما العدة فانها تجب فى آخر جزء من أجزاء حياة فلان الميت لانها مما يحتاط فى ايجابها فوجبت للحال وجعل كان الطلاق وقع للحال وأما الخلع فان كانت العدة باقية وقت الموت لم يصح وان كانت منقضية العدة صح لانها اذا كانت باقية كان النكاح باقيا من وجه ويحكم ببقائه الى هذه الحالة لضرورة عدم الدليل ثم يحكم للحال بكونها طالقا بذلك الطلاق المضاف وسرى واستند الى أول الشهر علم انه خلعها وهى بائنة عنه فلم يصح الخلع ويؤمر الزوج برد بدل الخلع واذا كانت منقضية العدة وقت الموت فالنكاح الذى كان يبقى الى آخر جزء من أجزاء حياته لضرورة عدم الدليل لا يبقى لارتفاعه بالخلع فبقى النكاح الى وقت الخلع ولم يظهر انه كان مرتفعا عند الخلع فحكم بصحة الخلع ولا يؤمر الزوج برد بدل الخلع بخلاف ما اذا قال ان كان زيد فى الدار لان دليل الوقوف على كون زيد فى الدار موجود حالة التكلم فانعقد الطلاق تنجيزا لو كان هو فى الدار لان التعليق بالموجود تحقق وبخلاف ما اذا قال ان كان حمل فلانة غلاما لان الولد فى البطن يمكن الوقوف فى الجملة على صفة الذكورة والانوثة فانه ما من ساعة الا ويجوز ان يسقط الحمل فانعقد الطلاق تنجيزا ثم علمنا بعد ذلك وبخلاف ما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات انه يقع الطلاق على الثانية من طريق التبيين لان هناك لما تزوج الثانية اتصفت بكونها آخرا لوجود حد الآخر وهو الفرد اللاحق وهى فرد وهى لاحقة ألا ترى انه يقول امرأتى الاولى وامرأتى الاخيرة الا انه لا يحكم بوقوع الطلاق للحال لاحتمال انه يتزوج ثالثة فتسلب صفة الآخرية عن الثانية فاذا مات قبل أن يتزوج ثالثة تقررت صفة الآخرية للثانية من الاصل فحكم بوقوع الطلاق من ذلك الوقت وههنا دليل اتصاف الشهر بالتقدم منعدم فى أول الشهر وما لا دليل عليه يلحق بالعدم وهو هذا بخلاف ما اذا قال لامرأته ان لم أتزوج عليك فانت طالق ولم يتزوج حتى مات انه يقع الطلاق على امرأته مقتصرا على الحال لان هناك علق الطلاق صريحا بعدم التزوج والعدم يستوعب العمر ألا ترى انه لو تزوج فى العمر مرة لا يوصف بعدم التزوج لان الوجود قد تحقق والعدم يقابل الوجود فلا يتحقق مع الوجود فيتم ثبوته عند الموت والمعلق بشرط ينزل عند تحقق الشرط بتمامه فوقع مقتصرا على حال وجود الشرط وأما هذا فليس بتعليق الطلاق بشرط بل هو اضافة الطلاق الى وقت موصوف بصفة فيتحقق الطلاق عند تحقق الصفة بدليله على التقدير الذى ذكرنا والله عز وجل الموفق ولو قال لامرأته أنت طالق قبل موتى بشهر أو قبل موتك بشهر فمات تمام الشهر أو ماتت لا يقع الطلاق عندهما وعند أبى حنيفة يقع فهما فرقا بين الطلاق والعتاق فقالا العتاق يقع والطلاق لا يقع لان عندهما هذا تصرف تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والمعلق بالشرط ينزل بعد وجود الشرط والزوج بعد الموت ليس من أهل ايقاع الطلاق ولا المرأة بعد موتها محل لوقوع الطلاق عليها بخلاف العتق لانه يقع بعد الموت كما فى التدبير والله عز وجل أعلم ولو قال لعبده أنت حر قبل موت فلان وفلان بشهر أو قبل قدوم فلان وفلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم قبل مضى شهر لا يعتق أبدا لانه أضاف العتق الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما ولم يوجد ولا يتصور

وجوده بعد ذلك لانه لو تم الشهر بعد موت أحدهما أو قدوم أحدهما كان موصوفا بالتقدم على موت أحدهما أو قدوم أحدهما وهو ما أضاف العتق الى هذا الشهر بل الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما جميعا وهذا غير ذلك وان مضى شهر ثم مات أحدهما عتق العبد وان لم يمت الآخر بعد بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل قدوم فلان وفلان بشهر ثم قدم أحدهما لتمام الشهر انه لا يعتق ما لم يقدم الآخر ووجه الفرق على ما بينا فيما تقدم وهو انه اذا مات أحدهما تحقق كون الشهر سابقا على موتهما واذا قدم أحدهما لم يتحقق كون الاول سابقا على قدومهما وانما يتحقق عند وجود قدومهما جميعا فكان القياس ان لا يعتق ما لم يموتا جميعا في لحظة واحدة بعد مضى شهر فكذا في القدوم وهو قول على الرازي لان العتق أضيف الى شهر موصوف بالتقدم على موتهما أو قدومهما متصل بهما الا انه أضاف العتق الى شهر متقدم على موتهما أو قدومهما ومن ضرورة ذلك وجود موتهما أو قدومهما جميعا وعند ثبوت التراخي فيما بين الموتين أو القدومين يكون العتق واقعا قبل موت أحدهما أو قدوم أحدهما بشهر وقبل موت الآخر أو قدوم الآخر بشهر وانه خلاف ما أضاف فلا يقع بخلاف ما اذا قال أنت حر قبل يوم الفطر والاضحى بشهر حيث يعتق كما أهل هلال رمضان لان وجود وقت متصف بالتقدم عليهما بشهر مستحيل والعاقل لا يقصد بكلامه المستحيل فعلم انه أراد به اضافة العتق الى وقت موصوف بالتقدم على أحد اليومين بشهر وعلى الآخر بمدة غير مقدرة وفيما نحن فيه لا استحالة فيراعى عين ما أضاف اليه وجوب الاستحالة عن هذا ان الاصل في أحكام الشرع ان المستحيل عادة يلحق بالمستحيل حقيقة وقدوم شخص في جزء لا يتجزأ من الزمان بحيث لا يتقدم احدهما على صاحبه مستحيل عادة وكذا موت شخصين على هذا الوجه والجواب في المستحيل حقيقة وهو مسئلة الفطر والاضحى هكذا فكذا في المستحيل عادة وكذا لو قال أنت حر قبل قدوم فلان وموت فلان بشهر فان مات أحدهما أو قدم أحدهما قبل مضى الشهر لا يعتق أبدا لما قلنا وان مات أحدهما لتمام الشهر لا يعتق حتى يقدم الآخر وان قدم أحدهما بعد مضى الشهر عتق ولا ينتظر موت الآخر الا انه لا يستدل لما ذكرنا ان الموت كائن لا محالة والقدوم موهوم الوجود ولو قال أنت حر الساعة ان كان في علم الله عز وجل ان فلانا يقدم الى شهر فهذا وقوله قبل قدوم فلان بشهر سواء لانه لا يراد بهذا علم الله تعالى الازلى القائم بذاته عز وجل وانما يراد به ظهور هذا القدوم المعلوم لنا وقد يظهر لنا وقد لا يظهر فكان شرطا فيقتصر العتق على حالة وجود الشرط كما في سائر التعليقات بشروطها والله عز وجل أعلم ولو قال أنت حر بعد موتى بشهر فكاتبه في نصف الشهر ثم مات لتمام الشهر فان كان استوفى بدل الكتابة ثم مات تمام الشهر كان العتق حاصلا بجهة الكتابة وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة عتق بالاعتاق السابق وسقط اعتبار الكتابة عند أبي حنيفة وهذا يدل على ان العتق يثبت بطريق الاستناد عنده وقال أبو القاسم الصفار انه تبطل الكتابة من الاصل سواء كان استوفى بدل الكتابة أو لم يستوف وهو قياس قول من يقول بثبوت العتق من طريق الظهور المحض لانه تبين ان العتق يثبت من أول الشهر فتبين ان الكتابة لم تصح وقد ذكرنا تصحيح ما ذكر في الكتاب وهو العتق بطريق الاستناد فيما تقدم فلا نعيده وعندهما ان استوفى بدل الكتابة فالامر ماض لان العتق عندهما يثبت مقتصرا على حال الموت وهو حر في هذه الحالة لوصوله الى الحرية بسبب الكتابة عند أداء البدل وان كان لم يستوف بعد بدل الكتابة فان كان العبد يخرج من الثلث عتق من جميع المال وان لم يكن له مال غيره عتق ثلثه بالتدبير لانه مدبر مقيد لان عتقه علق بموت موصوف بصفة قد يوجد على تلك الصفة وقد لا يوجد ويسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي يوسف وعند محمد يسعى في الاقل من ثلثى بدل الكتابة ومن ثلثى قيمته وأصل المسئلة ان من دبر عبده ثم كاتبه ثم مات المولى ولا مال له غيره يعتق ثلثه مجانا بالتدبير ثم يسعى في الاقل من ثلثى قيمته ومن جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد في الاقل من ثلثى قيمته ومن ثلثى بدل الكتابة فهذا على ذلك الا ان عند أبي حنيفة يخير بين ان يسعى في هذا أو بين ان يسعى في ذاك وعندهما يسعى في الاقل

منها بدون التخيير ثم عند أبي حنيفة في مسئلة الكتابة يعتبر صحته إذ ذلك ومرضه في أول الشهر هكذا ذكر في النوادر لانه
يصير معتقا من ذلك الوقت وقيل هذا هو الحيلة لمن أراد أن يدبر عبده و يعتق من جميع المال وان كان لا يخرج من
الثلث بان يقول أنت حر قبل موتي بشهر أو شهرين أو ثلاثة أشهر أو ما شاء من المدة ليعتق من ذلك الوقت
وهو فيه صحيح فيعتق من جميع المال وعندهما كيف ما كان يعتبر عتقه من الثلث لانه يصير عندهما
معتقا بعد الموت والله عز وجل المستعان وأما الاضافة الى وقتين فالاصل فيه ان المضاف الى وقتين
ينزل عند أولهما والمعلق بشرطين ينزل عند آخرهما والمضاف الى أحد الوقتين غير عين فينزل عند أحدهما
والمعلق بأحد شرطين غير عين ينزل عند أولهما ولو جمع بين فعل و وقت يعتبر فيه الفعل و ينزل عند وجوده في
ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه ينزل عند أولهما أيهما كان و بيان هذه الجملة اذا قال لعبده أنت حر اليوم وغدا
يعتق في اليوم لانه جعل الوقتين جميعا ظرفا للعتق فلو توقف وقوعه على أحدهما لكان الظرف واحد الوقتين لا كلاهما
وانه ايقاع تصرف العاقل لا على الوجه الذي أوقعه ولو قال أنت حر اليوم غدا أعتق في اليوم لانه أضاف الاعتاق
الى اليوم ثم وصف اليوم بانه غد وانه محال و يبطل وصفه و بقيت الاضافة الى اليوم ولو قال أنت حر غدا اليوم يعتق في
الغد لانه أضاف العتق الى الغد ووصف الغد باليوم وهو محال فلم يصح وصفه و بقيت اضافته العتق الى الغد فيعتق
في الغد ولو قال أنت حر ان قدم فلان وفلان فما لم يقدما جميعا لا يعتق لانه علق عتقه بشرطين فلا ينزل الا عند آخرهما
اذ لو نزل عند أولهما لبطل التعليق بهما ولكان ذلك تعليقا بأحدهما وهو علق بهما جميعا لا بأحدهما ولو قال أنت
حر اليوم أو غدا يعتق في الغد لانه جعل أحد الوقتين ظرفا فلو عتق في اليوم لكان الوقتان جميعا ظرفا وهذا خلاف
تصرفه ولو قال أنت حر ان قدم فلان أو غدا فان قدم فلان قبل مجيء الغد عتق وان جاء الغد قبل قدوم فلان لا يعتق
ما لم يقدم في جواب ظاهر الرواية و روى عن أبي يوسف ان أيهما سبق مجيؤه يعتق عند مجيئه والاصل فيه انه ذكر
شرطا و وقتا في تصرف واحد ولا يمكن الجمع بينهما لما بين التعليق بشرط و بين الاضافة الى وقت من التنافي فلابد
من اعتبار أحدهما وترجيحه على الآخر فأبو يوسف رجح جانب الشرط لان الشرط لا يصلح ظرفا والظرف قد
يصلح شرطا فكان الرجحان لجانب الشرط فاعتبره تعليقا بأحد الشرطين فينزل عند وجود أولهما أيهما كان كما
اذا نص على ذلك ونحن رجحنا السابق منهما في اعتبار التعليق والاضافة فان كان الفعل هو السابق يعتبر التصرف
تعليقا واعتباره تعليقا يقتضي نزول العتق عند اول الشرطين كما اذا علقه بأحد شرطين نصا وان كان الوقت هو
السابق يعتبر اضافته واعتباره يقتضي نزول العتق عند آخر الوقتين كما اذا أضاف الى آخر الوقتين نصا والله عز
وجل أعلم وأما الذي يرجع الى نفس الركن فهو ما ذكرنا في الطلاق وهو أن يكون الركن عاريا عن الاستثناء رأسا
كيفما كان الاستثناء وضعيا كان أو عرفيا عند عامة العلماء والكلام في الاستثناء في العتاق و بيان أنواعه وماهية
كل نوع وشرائط صحته على نحو الكلام في باب الطلاق وقد ذكرنا ذلك كله في كتاب الطلاق ولا يختلفان الا في
شيء واحد وهو انه يتصور استثناء بعض العدد في الطلاق ولا يتصور في العتاق لان الطلاق ذو عدد فيتصور فيه
استثناء بعض العدد والعتق لا عدد له فلا يتصور فيه استثناء بعض العدد وانما يتصور استثناء بعض الجملة الملفوظة
نحو ان يقول لعبيده أنتم أحرار الا سالما لان نص الاستثناء مع نص المستثنى منه تكلم بالباقي ولو استثنى عتق بعض
العبد يصح عند أبي حنيفة ولا يصح عندهما بناء على ان العتق يتجزأ عنده فيكون استثناء البعض من الكل فيصح
وعندهما لا يتجزأ فيكون استثناء الكل من الكل فلا يصح وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن قال غلاماي
حران سالم و بزيع الا بزيعا ان استثناءه جائز لانه ذكر جملة ثم فصلها بقوله سالم و بزيع فانصرف الاستثناء الى الجملة
الملفوظ بها فكان استثناء البعض من الجملة الملفوظة فصح وليس كذلك ما اذا قال سالم حر و بزيع الا سالما لانه لما
ذكر كل واحد منهما بانفراده كان هذا استثناء عن كل واحد منهما فكان استثناء الكل من الكل فلا يصح ولو قال

أنت حر وحر ان شاء الله تعالى بطل الاستثناء فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الاستثناء جائز وجه قولهما ان هذا كلام واحد معطوف بعضه على بعض بحرف العطف فلا يقع به الفصل بين المستثنى والمستثنى منه كما لو قال أنت حر لله ان شاء الله تعالى ولأبى حنيفة ان قوله حر وحر لغو لثبوت الحرية باللفظ الاول فكان فاصلا بمنزلة السكوت بخلاف قوله أنت حر لله ان شاء الله تعالى لان قوله لله تعالى ليس بلغو فلا يكون فاصلا وروى ابن سماعة فى نوادره عن محمد فى رجل له خمسة من الرقيق فقال عشرة من مماليكى الا واحدا أحرار انه يعتق الخمسة جميعا لانه لما قال عشرة من مماليكى أحرار الا واحدا فقد استثنى الواحد من العشرة والاستثناء تكلم بالباقى فصار كأنه قال تسعة من مماليكى أحرار وله خمسة ولو قال ذلك عتقوا جميعا كذا هذا ولو قال مماليكى العشرة أحرار الا واحدا عتق منهم أربعة لان هذا رجل ذكر مماليكه وغلط فى عددهم بقوله العشرة فيلغو هذا القول ويبقى قوله مماليكى أحرار الا واحدا ولو قال ذلك وله خمسة مماليك يعتق أربعة منهم كذا هذا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما صفة الاعتاق فهى ان الاعتاق هل يتجزأ أم لا وقد اختلف فيه قال أبو حنيفة يتجزأ سواء كان المعتق موسرا أو معسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يتجزأ كيفما كان المعتق وقال الشافعى ان كان معسرا يتجزأ وان كان موسرا لا يتجزأ والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم قال بعضهم فيمن أعتق نصف عبد بينه وبين غيره انه يعتق نصفه ويبقى الباقى رقيقا يجب تخريجه الى العتاق وهو مذهب عبد الله بن مسعود رضى الله عنه وقال بعضهم يعتق كله وليس للشريك الا الضمان وقال على وابن عباس رضى الله عنهما عتق ما عتق ورق ما رق هما احتجا بالنص والمعقول والاحكام أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شقصا له من عبد عتق كله ليس لله فيه شريك وهذا نص على عدم التجزى وفى رواية من أعتق شركا له فى عبد فقد عتق كله ليس لله فيه شريك وأما المعقول فهو ان العتق فى العرف اسم لقوة حكمية دافعة يد الاستيلاء والرق اسم لضعف حكمى يصير به الآدمى محلا للتملك فيعتبر الحكمى بالحقيقى وثبوت القوة الحقيقية والضعف الحقيقى فى النصف شائعا مستحيل فكذا الحكمى ولان للعتق آثارا من المالكية والولاية والشهادة والارث ونحوها وثبوت هذه الآثار لا يحتمل التجزى ولهذا لم يتجزأ فى حال الثبوت حتى لا يضرب الامام الرق فى انصاف السبايا ويمن عليهم بالانصاف كذا فى حالة البقاء وأما الاحكام فان اعتاق النصف قد تعدى الى النصف الباقى فى الاحكام حتى امتنع جواز التصرفات الناقلة للملك فيه من البيع والهبة والصدقة والوصية عند أصحابنا وكذا يجب تخريجه الى عتق الكل بالضمان أو بالسعاية حتى يجبره القاضى على ذلك وهذا من آثار عدم التجزى وكذا الاستيلاد لا يتجزأ حتى لو استولد جارية بينه وبين شريكه وادعاه تصير كلها أم ولد له بالضمان ومعلوم ان الاستيلاد يوجب حق الحرية لا حقيقة الحرية فالحق اذا لم يتجزأ فالحقيقة أولى وكذا لو عتق نصف أم ولده أو أم ولد بينه وبين شريكه عتق كلها واذا لم يكن الاعتاق متجزئا لم يكن المحل فى حق العتق متجزئا واضافة التصرف الى بعض ما لا يتجزأ فى حقه يكون اضافة الى الكل كالطلاق والعفو عن القصاص والله أعلم ولأبى حنيفة النصوص والمعقول والحكم أما النص فما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق نصيبا له من مملوك كلف عتق بقيته وان لم يكن عنده ما يعتقه فيه جاز ما صنع وروى كلف عتق ما بقى وروى وجب عليه أن يعتق ما بقى وذلك كله نص على التجزى لان تكليف عتق الباقى لا يتصور بعد ثبوت العتق فى كله وقوله صلى الله عليه وسلم جاز ما صنع اشارة الى عتق البعض اذ هو الذى صنعه لا غير وروى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أيضا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق شركا له فى عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا عتق ما عتق والحديث يدل على تعلق عتق الباقى بالضمان اذا كان المعتق موسرا وعلى عتق البعض ان كان معسرا فيدل على التجزى فى حالة اليسار والاعسار وروى عن أبى هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه

قال

قال من كان له شقص فى مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد فى رقبته غير مشقوق عليه وفى رواية من أعتق شقصا له من مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه وأما المعقول فهو ان الاعتاق ان كان تصرفا فى الملك والمالية بالازالة فالملك متجزئ وكذا المالية بلا شك حتى تجرى فيه سهام الورثة ويكون مشتركا بين جماعة كثيرة من الغانمين وغيرهم وان كان تصرفا فى الرق فالرق متجزئ أيضا لان محله متجزئ وهو العبد واذا كان محله متجزئا كان هو متجزئا ضرورة وأما حكم الاثنين اذا أعتقا عبدا مشتركا بينهما كان الولاء بينهما نصفين والولاء من أحكام العتق فدل تجزؤه على تجزى العتق وأما الحديث فقد قيل انه غير مرفوع بل هو موقوف على عمر رضى الله عنه وقد روى عنه خلافه فانه روى أنه قال فى عبد بين صبى وبالغ أعتق البالغ نصيبه قال ينتظر بلوغ الصبى فاذا بلغ ان شاء أعتق وان شاء استسعى ولئن ثبت رفعه فتأويله من وجهين أحدهما ان معنى قوله عتق كله أى استحق عتق كله لانه يجب تخريج الباقى الى العتق لا محالة فيعتق الباقى لا محالة بالاستسعاء أو بالضمان وما كان مستحق الوجود يسمى باسم الكون والوجود قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون والثانى أنه يحتمل أن المراد منه عتق كله للحال ويحتمل ان المراد منه عتق كله عند الاستسعاء والضمان فنحمله على هذا عملا بالاحاديث كلها وأما قولهما ان العتق قوة حكمية فيعتبر بالقوة الحقيقية وثبوتها فى البعض شائعا ممتنع فكذا الحكمية فنقول لم قلتم ان اعتبار الحكم بالحقيقة لازم أليس ان الملك عبارة عن القدرة الحكمية والقوة والقدرة سواء ثم الملك يثبت فى النصف شائعا وهذا لان الامر الشرعى يعرف بدليل الشرع وهو النص والاستدلال لا بالحقائق وما ذكر من الآثار فليست من لوازم العتق ألا ترى أنه يتصور ثبوت العتق بدونها كما فى الصبى والمجنون بل هى من الثمرات وفوات الثمرة لا يخل بالذات ثم انها من ثمرات حرية كل الشخص لا من ثمرات حرية البعض فان الولايات والشهادات شرعت قضاء حق العاجزين شكرا لنعمة القدرة وذلك عند كمال النعمة وهو أن ينقطع عنه حق المولى ليصل الى اقامة حقوق الغير وقولهما لا يتجزأ ثبوته كذا ز والله من مشايخنا من منع وقال ان الامام اذا ظهر على جماعة من الكفرة وضرب الرق على انصافهم ومن على الانصاف جاز ويكون حكمهم حكم معتق البعض فى حالة البقاء ثم ان سلمنا فالرق متجزئ فى نفسه حالة الثبوت لكنه تكامل لتكامل سببه وهو الاستيلاء اذ لا يتصور ورود على بعض المحل دون بعض وفى حالة البقاء وجود سبب زواله كاملا وقاصرا فيثبت كاملا وقاصرا على حسب السبب وأما التخريج الى الاعتاق وامتناع جواز التصرفات فليس لعدم التجزى بل لمعنى آخر نذكره ان شاء الله تعالى وأما الاستيلاد فممنوع أنه لا يتجزأ بل هو متجزئ فان الامة المشتركة بين اثنين اذا جاءت بولد فادعياه جميعا صارت أم ولد لهما الا أنه اذا ادعى أحدهما صارت كلها أم ولد له لوجود سبب التكامل وهو نسبة كل أم الولد اليه بواسطة الولد على ما نذكره فى كتاب الاستيلاد ونحن متجزئ الا وله حال الكمال اذا وجد السبب بكمال يتكامل واذا وجد قاصرا لا يتكامل بل يثبت بقدره وفى مسئلتنا وجد قاصرا فلم يتكامل وكذا اعتاق أم الولد متجزئ والثابت له عتق النصف وانما ثبت له العتق فى النصف الباقى لا باعتاقه بل لعدم الفائدة فى بقاء نصيب الشريك كما فى الطلاق والعفو عن القصاص على ما عرف فى مسائل الخلاف والله أعلم واذا عرف هذا الاصل يبنى عليه مسائل عبد بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه يعتق نصيبه لا غير عند أبى حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ واعتاق البعض لا يوجب اعتاق الكل بل يعتق بقدر ما أعتق ويبقى الباقى رقيقا وللشريك الساكت خمس خيارات ان شاء أعتق نصيبه وان شاء دبره وان شاء كاتبه وان شاء استسعاه معسرا كان المعتق أو موسرا ويسعى وهو رقيق وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وليس له خيار الترك على حاله لانه لا سبيل الى الانتفاع به مع ثبوت الحرية فى جزء منه وترك المال من غير انتفاع أحد به سيب له وأنه حرام فلا بد من تخريجه الى العتق وله الخيار فى ذلك من الوجوه التى وصفنا أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة فلان نصيبه باق

على ملكه وأنه يحتمل هذه التصرفات كما فى حال الابتداء وأما خيار السعاية فلان نصيبه صار محتبسا عند العبد لحقه لثبوت العتق له فى نصفه فيصير مضمونا عليه كما اذا انصبغ ثوب انسان بصبغ غيره من غير صنع أحد فاختار صاحب الثوب الثوب انه يجب عليه ضمان الصبغ لصيرورة الصبغ محتبسا عنده لقيامه بثوب مملوك له لا يمكنه التمييز كذا ههنا ولان فى السعاية سلامة نفسه ورقبته له وان لم تصر رقبته مملوكة له ويجوز ايجاب الضمان بمقابلة سلامة الرقبة من غير تملك كالمكاتب وشراء العبد نفسه من مولاه ولان منفعة الاعتاق حصلت فكان عليه ضمانه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ثم خيار السعاية مذهبنا وقال الشافعى لا أعرف السعاية فى الشريعة والوجه لقوله ان ضمان السعاية اما أن يكون ضمان اتلاف واما أن يكون ضمان تملك ولا اتلاف من العبد بوجه اذ لا صنع له فى الاعتاق رأسا ولا ملك يحصل للعبد فى نفسه بالضمان ولان المولى لا يجب له على عبده دين لما فيه من الاستحالة وهى كون الشئ الواحد واجبا عليه وله ولان العبد معسر والضمان فى هذا الباب لا يجب على المعسر ألا ترى أنه لا يجب على المعتق اذا كان معسرا مع وجود الاعتاق منه فالعبد أولى ولنا ما روينا من حديث أبى هريرة رضى الله عنه وروى محمد ابن الحسن عن أبى يوسف عن الحجاج بن أرطاة عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعتق عبدا بينه وبين شريكه يقوم نصيب شريكه قيمة عدل فان كان موسرا ضمن نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد غير مشقوق عليه فدل ان القول بالسعاية لازم فى الجملة عرفها الشافعى أو لم يعرفها وكذا ما ذكرنا من المعانى وبه يتبين ان ضمان السعاية ليس ضمان اتلاف ولا ضمان تملك بل هو ضمان احتباس وضمان سلامة النفس والرقبة وحصول المنفعة لان كل ذلك من أسباب الضمان على ما بينا وقوله لا يجب للمولى على عبده دين قلنا وقد يجب كالمكاتب والمستسعى فى حكم المكاتب عنده الى أن يؤدى السعاية الى الشريك الساكت اذا اختار السعاية أو الى المعتق اذا ضمنه الشريك الساكت لانه يسعى لتخليص رقبته عن الرق كالمكاتب ويثبت فيه جميع أحكام المكاتب من الارث والشهادة والنكاح فلا يرث ولا يورث ولا يشهد ولا يتزوج الا اثنتين لا يفترقان الا فى وجه واحد وهو أن المكاتب اذا عجز يرد فى الرق والمستسعى لا يرد فى الرق اذا عجز لان الموجب للسعاية موجود قبل العجز وبعده وهو ثبوت الحرية فى جزء منه ولان رده فى الرق ههنا لا يفيد لانا لو رددناه الى الرق لاحتجنا الى أن نجبره على السعاية عليه ثانيا فلا يفيد الرق فان قيل بدل الكتابة لا يلزم العبد الا برضاه والسعاية تلزمه من غير رضاه فأنى يستويان فالجواب انه انما كان كذلك لان بدل الكتابة يجب بحقيقة العقد اذ المكاتبة معاوضة من وجه فافتقرت الى التراضى والسعاية لا تجب بعقد الكتابة حقيقة بل بكتابة حكمية ثابتة بمقتضى اختيار السعاية فلا يقف وجوبها على الرضا لان الرضا انما شرط فى الكتابة المبتدأة لانه يجوز أن يرضى بها العبد ويجوز أن لا يرضى بها ويختار البقاء على الرق فوقفت على الرضا وههنا لا سبيل الى استبقائه على الرق شرعا اذ لا يجوز ذلك فلم يشترط رضاه للزوم السعاية ثم اختلف أصحابنا فقال أبو حنيفة هذا الخيار يثبت للشريك الذى لم يعتق سواء كان المعتق معسرا أو موسرا وقال أبو يوسف ومحمد لا يثبت الا اذا كان معسرا لان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان المعتق متلفا نصيب الشريك فوجب عليه الضمان ووجوب الضمان يمنع وجوب السعاية فكان ينبغى أن لا يجب حال الاعسار أيضا وأن لا يكون الواجب الا الضمان فى الحالين جميعا وهو قول بشر بن غياث المريسى وهو القياس لان ضمان الاتلاف لا يختلف بالاعسار واليسار الا أنا عرفنا وجوبها على خلاف القياس بالنص الذى روينا والنص ورد بها فى حال الاعسار فحال اليسار يقف على أصل القياس ولما كان متجزئا عنده لم يكن الاعتاق اتلافا لنصيب الشريك حتى يوجب ضمان الاتلاف لكن بقى نصيبه محتبسا عند العبد بحقه بحيث لا يمكن استخلاصه منه وهذا يوجب الضمان على ما بينا وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين حال اليسار وبين حال الاعسار فيثبت خيار السعاية فى الحالين واذا عتق بالاعتاق أو بالسعاية أو ببدل الكتابة فالولاء بينهما لان الولاء للمعتق والاعتاق حصل منهما وأما خيار التضمين حال يسار

المعتق فأمر ثبت شرعا غير معقول المعنى بالاحاديث التي رويناه لان الاعتاق اذا كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا في ملك نفسه على طريق الاقتصار ومن تصرف في ملك نفسه لا يؤاخذ بما حدث في ملك غيره عند تصرفه لا بتصرفه كمن أحرق دار نفسه فاحترقت دار جاره أو اسقى أرض نفسه فنزت أرض جاره أو حفر بئرا في دار نفسه فوقع فيها انسان ونحو ذلك الا أن وجوب الضمان حالة اليسار ثبت بالنصوص تعبدا غير معقول فتبقى حالة الاعسار على أصل القياس أو ثبت معقولا بمعنى النظر للشريك كي لا يتلف ماله بمقابلة مال في ذمة المفلس من غير صنع من المعتق في نصيب شريكه فصلح أن يكون موجبا للضمان ومن غير أن يكون في مقابلته عوض فيكون ضمان صلة وتبرع كنفقة المحارم وضمان الصلة والتبرع انما يجب حالة اليسار كما في نفقة الاقارب أو وجب نظرا للعبد لانه تبرع عليه باعتاق نصفه فلم يتم غرضه في ايصال ثمرات العتق الى العبد فوجب عليه الضمان تتميما لغرضه فيختص وجوبه بحالة اليسار ومن مشايخنا من سلك طريقة أخرى لابي حنيفة في ضمان العتق فقال هذا ضمان افساد عنده لان المعتق باعتاقه نصيبه أفسد نصيب شريكه حيث أخرجه من أن يكون منتفعا به في حقه حتى لا يملك فيه سائر التصرفات المزيلة للملك عقيب فعله وانما يملك الاعتاق والسعاية والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يضاف اليه الا أنه لا يجب على المعسر نصا بخلاف القياس ومنهم من قال هو ضمان تملك لانه بوجوب الضمان على المعتق يصير نصيب شريكه ملكا له حتى كان له أن يعتق نصيبه مجانا بغير عوض وان شاء استسعى العبد وهذا تفسير ضمان التملك أن يكون بمقابلة الضمان ملك العوض وهذا كذلك ولهذا كان ضمان الغصب ضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي وجود الاتلاف كضمان الغصب فان قيل كيف يكون ضمان التملك والمضمون وهو نصيب الشريك لا يحتمل النقل من ملك الى ملك قيل يحتمل النقل الى ملك المعتق بالضمان ان كان لا يحتمل النقل الى ملك غيره ويجوز بيعه منه أيضا في القياس هكذا ذكر في الاصل وقال ان باع الذي لم يعتق نصيبه من المعتق أو وهبه له على عوض أخذ منه وهذا واختياره الضمان سواء في القياس غير أن هذا أفحشهما والبيع هو نقل الملك بعوض الا أن في الاستحسان لا يجوز بيعه من المعتق كما لا يجوز من غيره لكن هذا لا ينفي جواز النقل لا على وجه البيع فان الشيء قد يحتمل النقل الى انسان بالضمان وان كان لا يحتمله بجهة البيع فان الخمر تنتقل الى المسلم بالضمان بأن أتلف على ذمي خمره وان كانت لا تنتقل اليه بالبيع على أن قبول المحل لانتقال الملك فيه بشرط حال انعقاد السبب لا حال أداء الضمان لانه لا يملكه من ذلك الوقت فيراعى قبول المحل في ذلك الوقت ألا ترى أن من غصب من آخر عبدا فهلك في يده ثم أدى الضمان أنه يملكه ومعلوم ان الهالك لا يقبل الملك لكن لما كان قابلا وقت انعقاد السبب والملك يثبت من ذلك الوقت يعتبر قبول المحل فيه وكذا ههنا ثم اذا ضمن الذي أعتق فالمعتق بالخيار ان شاء أعتق ما بقي وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا في الشريك الذي لم يعتق لان نصيبه انتقل اليه فقام مقامه وبأي وجه عتق من الاعتاق أو السعاية فولاء العبد كله له لانه عتق كله على ملكه هذا اذا كان المعتق موسرا فأما ان كان معسرا فللشريك أربع خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لما ذكرنا وأما على قول أبي يوسف ومحمد فيعتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق بعضه اعتاقا لكله ولا خيار للشريك عندهما وانما له الضمان لا غير ان كان المعتق موسرا وان كان معسرا فله السعاية لا غير لما ذكرنا ان المعتق صار متلفا نصيب الشريك فكان ينبغي أن يكون الواجب هو الضمان في حالة اليسار والاعسار الا أن وجوب السعاية حال الاعسار ثبت بخلاف القياس بالنص وأما على قول الشافعي ان كان المعتق موسرا عتق كله وللشريك أن يضمنه لا غير كما قالا وان كان معسرا يعتق ما أعتق ويبقى الباقي محلا لجميع التصرفات المزيلة للملك من البيع والهبة وغير ذلك لان الاعتاق عنده لا يتجزأ في حالة اليسار وفي حالة الاعسار يتجزأ لما ذكرنا من الدلائل لابي حنيفة فيقتصر حكم تصرف المعتق على نصيبه فيبقى نصيبه على ما كان من مشايخنا من قال لا خلاف بين أصحابنا في أن العتق لا يتجزأ وانما اختلفوا في الاعتاق وهذا غير سديد لان الاعتاق لما كان

متجزئا عند أبى حنيفة كان العتق متجزئا ضرورة اذ هو حكم الاعتاق والحكم يثبت على وفق العلة ولما لم يكن متجزئا
عندهما لم يكن الاعتاق متجزئا أيضا لما قلنا ولان القول بهذا قول بتخصيص العلة لانه يوجد الاعتاق فى النصف
ويتأخر العتق فيه الى وقت الضمان أو السعاية وانه قول بوجود العلة ولا حكم وهو تفسير تخصيص العلة وأنه باطل ولنا
ان العتق وان ثبت فى نصيب المعتق على طريق الاقتصار عليه لكن فى الاعتاق حق الله عز وجل وحق العبد بالاجماع
وانما اختلفوا فى الرجحان فالقول بالتمليك ابطال الحقين وهذا لا يجوز وكذا فيه اضرار بالمعتق باهدار تصرفه من
حيث الثمرة للحال واضرار بالعبد من حيث الحاق الذل به فى استعمال النصف الحر والضرر منفى شرعا فان قيل ان
كان فى التمليك اضرار بالمعتق ففى المنع من التمليك اضرار بالشريك الساكت لما فيه من منعه من التصرف فى ملكه
فوقع التعارض فالجواب انا لا نمنعه من التمليك أصلا ورأسا فان له أن يضمن المعتق ويستسعى العبد ويكاتبه وفى
التضمين تمليكه من المعتق بالضمان وفى الاستسعاء والمكاتبة ازالة الملك الى عوض وهو السعاية وبدل الكتابة
فكان فيما قلنا رعاية الجانبين فكان أولى فان اختار التدبير فدبر نصيبه صار نصيبه مدبرا عند أبى حنيفة لان نصيبه
باق على ملكه فيحتمل التخريج الى العتق والتدبير تخريج الى العتق الا أنه لا يجوز له أن يتركه على حاله ليعتق بعد الموت
بل يجب عليه السعاية للحال فيؤدى فيعتق لان تدبيره اختيار منه للسعاية وله أن يعتق لان المدبر قابل للاعتاق وليس له
أن يضمن المعتق لان التضمين يقتضى تملك المضمون والمدبر لا يحتمل النقل من ملك الى ملك لان تدبيره اختيار منه
للسعاية واختيار السعاية يسقط ولاية التضمين على ما نذكر ان شاء الله تعالى وان اختار الكتابة فكاتب نصيبه
يصير نصيبه مكاتبا عند أبى حنيفة لما ذكرنا وكانت مكاتبته اختيارا منه للسعاية حتى لا يملك تضمين المعتق بعد ذلك
ولان مال المكاتب وهو مكاتب لا يحتمل النقل أيضا فتعذر التضمين ويملك اعتاقه لان الكتابة لا تمنع من الاعتاق
ثم معتق البعض اذا كوتب فلا يخلو اما ان كاتبه على الدراهم والدنانير واما ان كاتبه على العروض واما ان كاتبه
على الحيوان فان كاتبه على الدراهم والدنانير فان كانت المكاتبة على قدر قيمته جازت لانه قد ثبت له اختيار السعاية
فاذا كاتبه على ذلك فقد اختار السعاية وتراضيا عليها وان كاتبه على أقل من قيمته يجوز أيضا لانه رضى باسقاط بعض
حقه وله أن يرضى باسقاط الكل فهذا أولى وان كاتبه على أكثر من قيمته فان كانت الزيادة مما يتغابن الناس
فى مثلها جازت أيضا لانها ليست زيادة متحققة لدخولها تحت تقويم أحد المقومين وان كانت مما لا يتغابن الناس فى
مثلها يطرح عنه الفضل لان مكاتبته اختيار للسعاية والسعاية من جنس الدراهم والدنانير فلا يجوز أخذ الزيادة
على القدر المستحق لانه يكون ربا وان كانت المكاتبة على العروض جازت بالقليل والكثير لان الثابت له عليه
وهو السعاية من جنس الدراهم والدنانير بالعروض جائز قلت العروض أو كثرت وان كانت على الحيوان جازت
لان الحيوان يثبت دينا فى الذمة عوضا عما ليس بمال ولهذا جاز ابتداء الكتابة على حيوان ويجب الوسط كذا
هذا ولو صالح الذى لم يعتق العبد أو المعتق على مال فهذا لا يخلو عن الاقسام التى ذكرناها فى الكتابة فان كان الصلح
على الدراهم والدنانير على نصف قيمته لا شك أنه جائز وكذا اذا كان على أقل من نصف قيمته لانه يستحق نصف
القيمة فاذا رضى بدونه فقد أسقط بعض حقه فيجوز وكذا ان كان على أكثر من نصف قيمته مما يتغابن الناس فى
مثله لما قلنا فأما اذا كان على أكثر من نصف قيمته مما لا يتغابن الناس فى مثله فالفضل باطل فى قولهم جميعا أما على
أصل أبى يوسف ومحمد فظاهر لان نصف القيمة قد وجب على العبد أو على المعتق والقيمة من الدراهم والدنانير
فالزيادة على القدر المستحق تكون فضل مال لا يقابله عوض فى عقد المعاوضة فيكون ربا كمن كان له على آخر ألف
درهم فصالحه على ألف وخمسمائة ان الصلح يكون باطلا كذا هذا وهذا على أصلهما مطرد لان عندهما أن من أتلف
على آخر مالا لا مثل له أو غصب منه مالا مثل له فهلك فى يده فالثابت فى ذمته القيمة حتى لو صالح على أكثر من قيمته لا يجوز
عندهما فكذا ضمان العتق لانه ضمان اتلاف عندهما وأما عند أبى حنيفة فالصلح عن المتلف أو المغصوب على

أضعاف قيمته جائز وههنا نقول لا يجوز فيحتاج الى الفرق بين المسئلتين والفرق له من وجوه أحدها ان الواجب بالاتلاف والغصب فيما لا مثل له من جنسه فى ذمة المتلف والغاصب هو المتلف لا قيمته فاذا صالح على أكثر من قيمة المتلف والمغصوب كان ذلك عوضاً عن المتلف فجاز وضمان العتق ليس بضمان اتلاف ولا ضمان غصب عنده لثبوت المتلف والمغصوب فى الذمة فكان الثابت فى الذمة هو القيمة وهى دراهم ودنانير فلا يجوز الصلح على أكثر منها والثانى ان الغاصب انما يملك المغصوب عند اختيار الضمان لا قبله بدليل ان له أن لا يضمنه ليهلك على ملكه فيثاب على ذلك ويخاصم الغاصب يوم القيامة فكان المغصوب قبل اختيار الضمان على ملك المغصوب منه فكان هذا صلحا عن العبد على هذا القدر من المال فكأنه ملكه منه به وأنه محتمل للملك فصح ومعتق البعض لا يحتمل التمليك مقصودا فكان الصلح عن قيمته فلا يجوز لما بينا والثالث ان الضمان فى باب الغصب يجب وقت الغصب لانه هو السبب الموجب للضمان فيثبت الملك الى الغاصب فى المغصوب فى ذلك الوقت وانه فى ذلك الوقت قابل للتمليك فيصح الصلح على القليل والكثير والضمان فى باب العتق يجب وقت الاعتاق والعبد فى ذلك الوقت لا يحتمل التمليك مقصودا فالصلح لا يقع عن العبد وانما يقع عن قيمته فلا تجوز الزيادة من قيمته وان كان الصلح على عرض جاز بالقليل والكثير لان ذلك بيع العرض بالدراهم والدنانير وذلك جائز كيفما كان وان صالحه على شئ من الحيوان كالعبد والفرس ونحوهما فان صالح العبد جاز وعليه الوسط وان صالح المعتق لم يجز لان فى الفصل الاول جعل الحيوان بدلا عن العتق وأنه ليس بمال والحيوان يثبت دينا فى الذمة بدلا عما ليس بمال كالاعتاق على مال والكتابة والنكاح والصلح عن دم العمد ولان الصلح مع العبد فى معنى مكاتبته وان كاتبه على عبد مطلق أو فرس يصح ويجب الوسط كذا هذا وأما فى الفصل الثانى فانما جعل الحيوان بدلا عن القيمة وانها مال والحيوان لا يثبت دينا فى الذمة بدلا عن المال كالبيع ونحوه ولو كان شريك المعتق فى العبد صبيا أو مجنونا له أب أو جد أو وصى فوليه أو وصيه بالخيار ان شاء ضمن المعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء كاتبه وليس له أن يعتق أو يدبر لان التدبير اعتاق والصبى والمجنون لا يملكان الاعتاق فلا يملكه من يلى عليهما وانما ملك الاب والوصى الاستسعاء والتضمين لان الاستسعاء مكاتبة والاب والوصى يملكان مكاتبة عبد الصبى والمجنون والتضمين فيه نقل الملك الى المعتق فيشبه البيع وهما يملكان بيع مال الصبى والمجنون وكذلك لو كان الشريك مكاتبا أو مأذونا عليه دين أنه يتخير بين الضمان والسعاية والمكاتبة الا أنهما لا يملكان الاعتاق لانعدام ملك الرقبة أما ثبوت الخيار للمكاتب فلا شك فيه لانه أخص بالتصرف فيما فى يده من المولى وأما المأذون الذى عليه دين فكذلك لان المولى لا يملك ما فى يده على أصل أبى حنيفة فيكون الخيار للعبد وعلى أصلهما ان كان يملك لكن العبد أخص بالتصرف فيما فى يده من المولى فان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى كما فى الحرية لانه اذا لم يكن عليه دين فهو وما فى يده ملك المولى فكان الخيار للمولى فان اختار الشريك السعاية فى الصبى والمجنون الولاء لهما لانهما من أهل الولاء لكونهما حرين وفى المكاتب والمأذون الولاء للمولى لكونهما رقيقين والولاء لا يثبت الا للحر وان لم يكن للصغير والمجنون ولى ولا وصى فان كان هناك حاكم نصب الحاكم من يختار لهما أصلح الامور من التضمين والاستسعاء والمكاتبة وان لم يكن هناك حاكم وقف الامر حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون فيستوفيان حقوقهما من الخيارات الخمس ثم اذا اختلف حكم اليسار والاعسار فى الضمان لا بد من معرفتهما فاليسار هو أن يملك المعتق قدر قيمة ما بقى من العبد قلت أو كثرت والاعسار هو أن لا يملك هذا القدر لا ما يتعلق به حرمة الصدقة وحلها حتى لو ملك هذا القدر كان للشريك ولاية تضمينه والا فلا والى هذا وقعت الاشارة فيما روينا من حديث أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من كان له شقص فى مملوك فأعتقه فعليه خلاصه من ماله ان كان له مال وان لم يكن له مال استسعى العبد فى رقبته غير مشقوق عليه اعتبر مطلق المال لا النصاب وأشار صلى الله عليه وسلم الى أن الواجب تخليص العبد وبهذا القدر يحصل التخليص وبدونه لا يحصل

ثم يسار المعتق واعساره يعتبر وقت الاعتاق حتى لو كان معسرا وقت الاعتاق لا يضمن وان أيسر بعد ذلك لان ذلك وقت وجوب الضمان فيعتبر ذلك الوقت كضمان الاتلاف والغصب ولو اختلفا في اليسار والاعسار فان كان اختلافهما حال الاعتاق فالقول قول المعتق لان الاصل هو الفقر والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمعتق والبينة بينة الآخر لانها تثبت زيادة وان كان الاعتاق متقدما واختلفا فقال المعتق أعتقت عام الاول وأنا معسر ثم أيسرت فيعتبر ذلك الوقت وقال الآخر بل أعتقته عام الاول وأنت موسر فالقول قول المعتق وعلى الشريك اقامة البينة لان حالة اعتبار اليسار والاعسار شاهد للمعتق فيحكم الحال كما اذا اختلف صاحب الرحى والطحان في انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال كذا ههنا وقد قال أبو يوسف في عبدين بين رجلين قال أحدهما أحدكما حر وهو فقير ثم استغنى ثم اختار أن يوقع العتق على أحدهما ضمن نصف قيمته يوم العتق وكذلك لو كان مات قبل أن يختار وقد استغنى قبل موته ضمن ربع قيمة كل واحد منهما انما أنظر الى حاله يوم أوقع بمنزلة من كاتب نصيبه من العبد ثم أدى العبد فيعتق ثم انما أنظر الى حال مولاه يوم عتق المكاتب ولا أنظر الى حاله يوم كاتب وهذا على أصله صحيح لان اضافة العتق الى المجهول تعليق لعتق عبده بشرط الاختيار كأنه علقه به نصا فيعتبر حاله يوم الاختيار لانه يوم العتق كما لو قال لعبد مشترك بينه وبين غيره ان دخلت الدار فأنت حر فدخل انه يضمن نصف قيمته يوم دخل الدار لا يوم اليمين لان يوم الدخول هو يوم العتق وأما على أصل محمد فاضافة العتق الى المجهول تنجيز وانما الاختيار تعيين لمن وقع عليه العتق فيعتبر صفة العتق في يساره واعساره يوم التكلم بالعتق وكذا يعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم الاعتاق حتى لو علمت قيمته يوم أعتق ثم ازدادت أو انتقصت أو كاتب أمة فولدت لم يلتفت الى ذلك ويضمنه قيمته يوم أعتقه لانه يوم وجوب الضمان فيعتبر قيمته يومئذ كما في الغصب والاتلاف وان لم يعلما ذلك واختلفا فجملة الكلام فيه ان العبد لا يخلو اما أن يكون قائما وقت الخصومة واما أن يكون هالكا فان كان قائما فان اتفقا على حال المعتق أو اختلفا فيها والاصل في هذه الجملة ان الحال ان كانت تشهد لاحدهما فالقول قوله لان الحال شاهد صادق أصله مسئلة الطاحونة وان كانت لا تشهد لاحدهما فالقول قول المعتق لانه منكر فان كان العبد قائما وقت الخصومة واتفقا على العتق في الحال واختلفا في قيمته بأن قال المعتق قد أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال شريكه نعم أعتقته اليوم الا أن قيمته أكثر من ذلك يرجع الى قيمته للحال ولا يعتبر التحالف والبينة لان الحال أصدق وكذا لو اختلفا في حال العتق فقال المعتق أعتقته قبل هذا وكانت قيمته كذا وقال الآخر أعتقته اليوم وقيمته أكثر أو قال المعتق أعتقته اليوم وقيمته كذا وقال الآخر بل أعتقته قبل ذلك وقيمته كانت أكثر رجع الى قيمته في الحال لان الحال اذا شهدت لاحدهما فالظاهر ان قيمته كانت كذلك وقت الاعتاق اذ الاصل دوام الحال والتغير خلاف الاصل فكان الظاهر شاهدا له فأشبه اختلاف صاحب الطاحونة مع الطحان في انقطاع الماء وجريانه أنه يحكم الحال فيه كذا هذا وان اتفقا على أن العتق كان متقدما على زمان الخصومة لكن قال المعتق قيمته كانت كذا وقال الشريك بل كانت أكثر فههنا لا يمكن تحكيم الحال بالرجوع الى قيمة العبد في الحال لانها تزيد وتنقص في المدة ويكون القول قول المعتق لان الشريك يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كالمتلف والغاصب وقالوا في الشفعة اذا احترق البناء واختلف الشفيع والمشترى في قيمته وقيمة الارض ان المرجع الى قيمة الارض في الحال والقول قول المشترى في البناء لان الشفيع يريد أن يتملك عليه الارض بالشفعة فلا يجوز أن يتملكها الا بقوله فأما المعتق فلا يريد أن يتملك على شريكه وانما شريكه يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر وكذلك اذا كان العبد هالكا فالقول قول المعتق لما قلنا انه منكر للزيادة والله عز وجل أعلم فان هلك العبد قبل أن يختار الشريك الذى لم يعتق شيأ هل له أن يضمن المعتق اذا كان موسرا اختلفت الرواية فيه عن أبى حنيفة روى محمد عنه وهو رواية الحسن واحدى روايتى أبى يوسف ان له أن يضمن المعتق وروى أبو يوسف رواية أخرى عنه أنه لا ضمان على المعتق وجه هذه الرواية ان تضمين المعتق ثبت نصا

بخلاف القياس لما بينا فيما تقدم ان الشريك بالاعتاق تصرف فى نصيب نفسه على وجه الاقتصار عليه لبقاء نصيب الشريك على ملكه و يده بعد الاعتاق الا أن ولاية التضمين ثبتت شرعا بشريطة نقل ملك المضمون الى الضمان فاذا هلك لم يبق الملك فلا يتصور نقله فتبقى ولاية التضمين على أصل القياس وجه رواية محمد ان ولاية التضمين قد ثبتت بالاعتاق فلا تبطل بموت العبد كما اذا مات العبد المغصوب فى يد الغاصب وأما قوله ملك الشريك بهلاك العبد خرج عن احتمال النقل فنقول الضمان يستند الى وقت الاعتاق فيستند ملك المضمون الى ذلك الوقت كما فى باب الغصب وهو فى ذلك الوقت كان محتملا للنقل فأمكن ايجاب الضمان واذا ضمن المعتق يرجع المعتق بما ضمنه فى تركة العبد ان كان له تركة وان لم يكن فهو دين عليه لما ذكرنا من أصل أبى حنيفة ان نصيب الشريك يبقى على ملكه وله أن يضمن المعتق ان كان موسرا واذا ضمنه ملك المعتق نصيبه بالسبب السابق وهو الاعتاق وكان له أن يرجع بذلك فى تركة العبد كما كان له أن يأخذ منه لو كان حيا وان كان معسرا فله أن يرجع فى تركة العبد وان لم يترك شيأ فلا شىء للشريك لان حقه عليه وهو قد مات مفلسا هذا اذا مات العبد وأما اذا مات أحد الشريكين فان مات المعتق فلا يخلو اما أن يكون الاعتاق منه فى حال صحته واما أن يكون فى حال مرضه فان كان فى حال صحته يؤخذ نصف قيمة العبد من تركته بلا خلاف وان كان فى حال مرضه لم يضمن شيأ حتى لا يؤخذ من تركته وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يستوفى الشريك من ماله قيمة نصيبه وهذا مبنى على الاصل الذى ذكرنا ان الاعتاق لا يتجزأ عندهما وعنده يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان الاعتاق لما لم يكن متجزئا عندهما كان ضمان العتق ضمان اتلاف وضمان الاتلاف لا يختلف بالصحة والمرض ولما كان متجزئا عنده كان المعتق متصرفا فى ملك نفسه على طريق الاقتصار ومثل هذا لا يوجب الضمان فى أصول الشرع ولهذا لو كان معسرا لا يجب الضمان ولو كان اعتاقه اتلافا أو افسادا لنصيب شريكه معنى لوجب الضمان لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار الا أنا عرفنا وجوب الضمان بالنص وانه ورد فى حال اليسار المطلق وذلك فى حالة الصحة لانها حال خلوص أمواله وفى مرض الموت يتعلق بها حق الورثة حتى لا يصح اقراره للورثة أصلا ولا يصح تبرعه على الاجنبى الا من الثلث ولا تصح كفالته ولا اعتاقه الا من الثلث فلم يكن حال المرض حال يسار مطلق ولا ملك مطلق فبقى الامر فيها على أصل القياس ولان ضمان العتق ضمان صلة وتبرع لوجوبه من غير صنع من جهة المعتق فى نصيب الشريك ألا ترى أنه لا يجب على المعسر والصلات اذا لم تكن مقبوضة تسقط بالموت كنفقة الاقارب والزكاة وغير ذلك والى هذا أشار محمد لابى حنيفة أنه لو وجب الضمان على المريض و يؤخذ من تركته يكون هذا من الوارث والمعنى فيه ان الشرع جعل الثلث للمريض فى حال مرض موته والثلثين للورثة قال النبى صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وهكذا نقول فى حالة الصحة أنه يجب صلة ثم قد ينقلب معاوضة فى حالة البقاء فانه يثبت به الملك فى المضمون فى حق الاعتاق والاستسعاء كالهبة بشرط العوض أنه ينعقد صلة ثم ينقلب معاوضة وكذا الكفالة تنعقد تبرعا حتى لا تصح الا ممن هو أهل التبرع ثم تنقلب معاوضة وانما انقلبت معاوضة لانه يوجب الملك فى رقبة الغير مجازاة لصلته أو تحملا عن العبد لان الضمان عليه فى الحقيقة لحصول النفع له ثم له حق الرجوع فى مالية العبد بالسعاية كما فى الكفالة ان الكفيل يكون متبرعا فى التحمل عن المكفول عنه ثم اذا صح تحمله وملك ما فى ذمته بالاداء الى المكفول له انقلبت معاوضة ألا ترى أن من قال فى حال الصحة ما كان لك على فلان فهو على ثم كان له على فلان فى مرضه فأخذ ذلك من المريض فانه يعتبر من جميع المال لا من الثلث و يؤخذ من تركته ولو وجد ابتداء الكفالة فى المرض يكون المؤدى معتبرا من الثلث فدل على التفرقة بين الفصلين وان مات الشريك الذى لم يعتق ثبت الخيار لورثته فان اجتمعوا على شىء من الاعتاق أو التضمين أو الاستسعاء وغير ذلك فلهم ذلك بلا خلاف لانهم يخلفون الميت و يقومون مقامه وكان للمورث ذلك قبل موته فكذا لهم وان انفردوا فأراد بعضهم الاعتاق

و بعضهم التضمين ذكر فى الاصل أن لهم ذلك وقال الحسن بن زياد انه ليس لهم ذلك الا أن يعتقوا أو يستسعوا
أو يضمنوا والظاهر أنه رواية عن أبى حنيفة لان الاعتاق عند الحسن لا يتجزأ كما لا يتجزأ عند أبى يوسف ومحمد فلا
يصح هذا التفريع على مذهبه وجه ماذكر فى الاصل ان نصيب الشريك قد بقى على ملكه عند أبى حنيفة لتجزئ
الاعتاق عنده وقد انتقل نصيبه الى الورثة بموته فصاروا كالشركاء فى الاصل فى العبد أعتق أحدهم نصيبه ان للباقين
أن يختار كل واحد منهم ما يشاء كذا هذا وجه رواية الحسن ان الورثة انتقل اليهم ما كان للميت وما كان له أن يختار
الضمان فى البعض والسعاية فى البعض فكذا لهم ولان المستسعى بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة ومن كاتب عبده ثم
مات ليس لورثته أن ينفردوا بأن يختار بعضهم الاعتاق و بعضهم التضمين و بعضهم الاستسعاء بل ليس لهم الا أن
يجتمعوا على شئ واحد اما العتق واما الضمان كذا هذا ثم على رواية الحسن لو أعتق بعضهم كان اعتاقه باطلا مالم
يجتمعوا على الاعتاق لان المستسعى كالمكاتب على أصل أبى حنيفة ولو مات المولى فأعتق بعض الورثة المكاتب
كان اعتاقه باطلا مالم يجتمعوا عليه كذا هذا فاذا اجتمعوا على عتقه يعتق بلا خلاف والولاء يكون للميت حتى ينتقل
الى الذكور من ورثته دون الاناث وهو فائدة كونه للميت لان من أصل أبى حنيفة ان المعتق بعضه فى معنى المكاتب
والمكاتب لا ينتقل فيه بالارث فكان ولاؤه للميت كذا هذا واذا كان المعتق موسرا يوم أعتقه فاختار الشريك
تضمينه ثم أراد أن يرجع عن ذلك و يختار السعاية ذكر فى الاصل أنه ليس له ذلك ولم يفصل بين ما اذا رضى المعتق
بالضمان أو حكم به الحاكم أو لم يرض به المعتق ولا حكم به الحاكم وروى ابن سماعة عن محمد ان له ذلك مالم يقبل المعتق منه
التضمين أو يحكم به الحاكم فان قبل أو حكم به الحاكم فليس له ذلك من المشايخ من لم يجعل فى المسئلة اختلاف الرواية
وجعل ماذكره ابن سماعة عن محمد من التفصيل تفسيرا لما ذكره فى ظاهر الرواية واليه ذهب الجصاص وقال أراد بما
ذكر فى الكتاب اذا قضى به القاضى أو رضى به الشريك وحكى عن الكرخى والجصاص أنهما جعلا مسئلة
الغاصب وغاصب الغاصب على هذا أنه اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما ثم بدا له واختار تضمين الآخر فله
ذلك الا أن يرضى به المضمن أو يقضى به القاضى ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين وجه ماذكر فى الاصل ان له خيار
التضمين وخيار السعاية والمخير بين شيئين اذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر فكان اختياره التضمين ابراء
للعبد عن السعاية ولهذا لو اختيار السعاية لم يكن له أن يختار الضمان وكانت نفس اختيار السعاية ابراء له عن الضمان من
غير قضاء ولا رضا كذا اذا اختار الضمان وجه رواية ابن سماعة ان اختيار الشريكين تضمين المعتق ايجاب الملك له
فى المضمون بعوض وهو الضمان وذلك لا يتم الا بالرضا أو بالقضاء فما لم يوجد أحدهما لا يتم له الاختيار وكان له
الرجوع عنه الى السعاية بخلاف ما اذا اختار الشريك السعاية أنه لا يكون له خيار التضمين بعد ذلك رضى بذلك
العبد أو لم يرض لان اختيار السعاية على العبد ليس فيه ايجاب الملك للعبد بعوض حتى يقف ذلك على رضاه فلا يقف
عليه فان أعتق أحدهما نصيب صاحبه لم يعتق منه شئ أما على أصل أبى حنيفة فظاهر لان العتق يتجزأ فيقتصر
العتق على نصيب المعتق فقد صادف ملك غيره لم ينفذ وأما على أصلهما فالعتق وان كان لا يتجزأ لكن لا بد من ثبوت
العتق فى نصيبه ثم يسرى الى نصيب شريكه فاذا أضاف الاعتاق الى نصيب شريكه لم يثبت العتق فى نصيب
نفسه فلا يتعدى الى نصيب الشريك وان كان المعتق جارية حاملا لا يضمن المعتق من قيمة الولد شيأ لان الحمل
بمنزلة طرف من أطرافها والاطراف بمنزلة الاوصاف والاوصاف لا تفرد بالضمان الا بعد وجود سبب وجوب
الضمان فيها مقصودا ولان الحمل فى الآدمية نقصان فكيف يلزمه بنقصان المتلف زيادة ضمان وكذلك كل
حمل يعتق أمه اذا كان المعتق مالكهما كما فى الرهن وان لم يكن مالكا للولد كما فى الجارية الموصى برقبتها لرجل و بحملها
لآخر فأعتق صاحب الرقبة الام يعتق الحمل و يضمن قيمته لصاحبه لان الولد انفرد عن الام فى الملك فجاز أن
ينفرد بالضمان وان كان العبد بين جماعة فأعتق أحدهم نصيبه فاختار بعض الشركاء الضمان و بعضهم السعاية

و بعضهم العتق فذاك لهم ولكل واحد منهم ما اختار فى قول أبى حنيفة لان اعتاق نصيبه أوجب لكل واحد منهم الخيارات ونصيب كل واحد لا يتعلق بنصيب الآخر فكان لكل واحد منهم ما اختار وعلى هذا الاصل قال أبو حنيفة فى عبد بين ثلاثة أعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الآخر بعده فللثالث ان يضمن المعتق الاول ان كان موسرا وان شاء أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لان نصيبه بقى على ملكه فثبت له الخيارات للتخريج الى الاعتاق وليس له أن يضمن المعتق الثانى وان كان موسرا لان تضمين الاول ثبت على مخالفة القياس لما ذكرنا انه لا صنع للمعتق فى نصيب الشريك باتلاف نصيبه وانما عرفناه بالنص نظرا للشريك وانه يحصل بتضمين الاول ولان ضمان العتق ضمان معاوضة فى الاصل فاذا أعتق الاول فقد ثبت للشريك حق نقل الملك المضمون اليه باختيار الضمان وتعلق بذلك النقل حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يملك نقل حق التضمين الى غيره فان اختار تضمين الاول فالاولى ان يعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى لانه قام مقام المضمن وليس له ان يضمن المعتق الثانى لان الاول لم يكن له ان يضمنه فكذا من قام مقامه وأما على أصلهما فلما أعتق الاول أعتق جميع العبد فلم يصح اعتاق الثانى وليس للثانى والثالث الا التضمين ان كان المعتق موسرا او السعاية ان كان معسرا وعلى هذا من كان له عبد فاعتق نصفه فعلى قول أبى حنيفة يعتق نصفه ويبقى الباقى رقيقا يجب تخريجه الى العتاق فان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى واذا أدى السعاية أو بدل الكتابة يعتق كله وليس له أن يتركه على حاله وعلى قولهما يعتق كله سواء كان المعتق موسرا أو معسرا من غير سعاية وكذا اذا أعتق جزأ من عبده أو شقصا منه يمضى منه ما شاء ويبقى الباقى رقيقا يخرج الى العتق بالخيارات التى وصفنا فى قول أبى حنيفة لان الاعتاق عنده متجزئ الا ان ههنا أضاف العتق الى مجهول فيرجع فى البيان اليه كما لو قال أحد عبيدى حر وقيل ينبغى فى قياس قول أبى حنيفة فى السهم ان يعتق منه سدسه لان السهم عبارة عن السدس فى عرف الشرع لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه ان رجلا أوصى فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بسهم من ماله لرجل فأعطاه النبى صلى الله عليه وسلم سدس ماله وعن جماعة من أهل اللسان ان السهم عبارة عن السدس فى اللغة وعندهما يعتق كله لان العتق لا يتجزأ عبد بين رجلين دبره أحدهما صار نصيبه مدبرا ثم ان كان المدبر موسرا فالشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وان كان معسرا فلشريكه خمس خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء استسعى وان شاء تركه على حاله وليس له أن يضمن وهذا قول أبى حنيفة لان التدبير عنده متجزئ كالاعتاق فيثبت له الخيارات أما خيار العتق والتدبير والمكاتبة والسعاية فلان نصيبه بقى على ملكه فى حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من ان يكون محلا للتمليك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه فى حق هذه التصرفات فكان للشريك ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الاستخدام فلا يكلف تخريجه الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار تضمين المدبر فللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن شريكه قام مقامه فيما كان له فاذا أدى عتق والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه لانتقال نصيب شريكه اليه وان اختار الاستسعاء أو الاعتاق كان الولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه وأما اذا كان معسرا فلا حق له فى الضمان لان ضمان التدبير لا يجب مع الاعسار كما لا يجب ضمان الاعتاق فبقى أربع خيارات وأما على قول أبى يوسف ومحمد صار كله مدبرا لان التدبير على أصلهما لا يتجزأ كالاعتاق المعجل وليس للشريك الا التضمين موسرا كان المدبر أو معسرا على الرواية المشهورة عنهما لان ضمان النقل والتمليك لا يختلف باليسار والاعسار كالبيع ولو كان العبد بين ثلاثة رهط دبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الثانى وهو موسر فللشريك الثالث أن يضمن المدبر ثلث قيمته ويرجع به المدبر على العبد وليس له أن يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث

قيمته مدبرا وليس له أن يضمنه ما انتقل اليه من نصيب الثالث وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد العبد كله مدبر للذى دبره ويضمن ثلثى قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا لان التدبير لما كان متجزئا عند أبى حنيفة فلما دبره أحدهم فقد ثبت لكل واحد من الشريكين ست خيارات فلما أعتقه الثانى فقد استوفى ما كان له فلم تبق له ولاية تضمين المدبر وللساكت أن يضمنه لانه أتلف عليه نصيبه فكان له ولاية التضمين وليس له أن يضمن المعتق لان ضمان المعتق ضمان معاوضة فى الاصل وهو ضمان انملك وهو ان يكون بمقابلة الضمان ملك المضمون كضمان الغاصب ولو ضمن المعتق لا يملك المعتق المضمون لان التدبير انعقد سببا لوجوب الضمان على المدبر وانه يوجب ملك المضمون فصار ذلك النصيب بحال لا يحتمل النقل الى غير المدبر فتعذر تضمين المعتق ولان المدبر بالتدبير قد ثبت له حق الولاء والولاء لا يلحقه الفسخ فلا يجوز ان ينقله الى الغير وللمدبر ان يضمن المعتق لانه بالاعتاق أتلف نصيبه باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الاستخدام فيضمن له قيمة نصيبه لكن مدبرا لان المتلف مدبر ويرجع به المدبر على العبد لان نصيب الساكت انتقل اليه فقام هو مقامه وكان له أن يستسعى العبد فكذا للمدبر ولان الحرية لم تثبت فى جزء منه فجاز ابقاؤه على الرق ولم يمكن ان يجعل هذا ضمان معاوضة لان نصيبه مدبر والمدبر لا يحتمل النقل الى ملك الغير فجعل ضمان جناية بطريق الضرورة وان شاء المدبر أعتق نصيبه الذى دبره لان باعتاق شريكه لم يزل ملكه وان شاء استسعى العبد كما فى عتق أحد الشريكين فان اختار الضمان كان للمعتق أن يستسعى العبد لان المدبر أقامه مقام نفسه فكان له أن يستسعيه فكذا له وليس له أن يضمن المعتق قيمة الثلث الذى انتقل اليه من الثالث لان المدبر انما ملك ذلك الثلث عند القضاء بالضمان مستندا الى وقت التدبير والمستند قبل ثبوته فى المحل يكون ثابتا من وجه دون وجه فلا يظهر ملكه فى حق المعتق فلا يضمن المعتق له ذلك وأما عندهما فالتدبير لما لم يكن متجزئا صار الكل مدبرا ويضمن ثلثى قيمته للشريكين لاتلاف نصيبهما عليهما سواء كان موسرا أو معسرا لا تجب السعاية هنا بخلاف الاعتاق لان بالاعتاق يزول ملكه فيسعى وهو حر وههنا بالتدبير لا يزول ملكه بل يصير العبد كله مدبرا له وكسب المدبر للمولى فتعذر الاستسعاء وعلى هذا اذا شهد أحد الشريكين على الآخر بالاعتاق بان كان العبد بين رجلين وشهد أحدهما على صاحبه انه أعتقه وأنكر صاحبه لا تقبل شهادته على صاحبه ويجوز اقراره على نفسه ولم يجز على صاحبه ولا يعتق نصيب الشاهد ولا يضمن لصاحبه ويسعى العبد فى قيمته بينهما موسرين كانا أو معسرين فى قول أبى حنيفة وعندهما ان كان المشهود عليه موسرا فلا سعاية للشاهد على العبد وان كان معسرا فله السعاية عليه أما عدم قبول شهادته فلان شهادة الفرد فى هذا الباب غير مقبولة ولو كانا اثنين لكان لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما بشهادتهما يجران المغنم الى أنفسهما لانهما يثبتان به حق التضمين لانفسهما ولا شهادة لجار المغنم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الا انه بشهادته على صاحبه صار مقرا بفساد نصيبه باقراره على صاحبه باعتاق نصيبه فشهادته على صاحبه واقراره عليه ان لم يجز فاقراره بفساد نصيب نفسه جائز لان الانسان يصدق باقراره على نفسه خصوصا فيما يتضرر به ولا يعتق نصيب الشريك الشاهد لانه لم يوجد منه الاقرار بعتق نصيبه بل بفساد نصيبه وانما اقر بالعتق فى نصيب شريكه الا ان اقراره بالعتق فى نصيب شريكه فى حق شريكه لم ينفذ فينفذ اقراره بالعتق فى نصيب شريكه فى حقه ولا يضمن الشاهد لشريكه لانه لم يعتق نصيب نفسه وأما السعاية فلان فساد نصيبه يوجب التخريج الى العتق بالسعاية ويسعى العبد لهما فى قيمته بينهما فيسعى للشاهد فى نصف قيمته ويسعى للمنكر فى نصف قيمته سواء كان المنكر موسرا أو معسرا فى قول أبى حنيفة لان السعاية تثبت مع اليسار والاعسار على أصله أما حق الاستسعاء للشاهد وان كان المشهود عليه موسرا فلان فى زعمه ان شريكه قد أعتق وان له حق التضمين أو الاستسعاء الا انه تعذر التضمين لان اقراره لم يجز عليه فى حقه فبقى له حق الاستسعاء وأما المنكر فلان فى زعمه ان نصيبه على ملكه وقد تعذر

عليه

عليه التصرف فيه باقرار شريكه فكان له ان يستسعى وأما عندهما فان كان المنكر موسرا فلا سعاية
للشاهد على العبد لانه يزعم انه عتق باعتاق شريكه وانه لا يستحق الا الضمان لان السعاية لا تثبت مع اليسار على
أصلهما وان كان معسرا فللشاهد أن يستسعى وأما المنكر فيستسعى على كل حال بالاجماع معسرا كان أو موسرا لان
نصيبه على ملكه ولم يوجد منه الاقرار بسقوط حقه عن السعاية فان أعتق كل واحد منهما بعد ذلك نصيبه قبل
الاستسعاء جاز فى قول أبى حنيفة لان نصيب المنكر على ملكه وكذلك نصيب الشاهد عنده لان الاعتاق يتجزأ
فاذا أعتقا نفذ عتقهما والولاء بينهما لان العتق منهما وكذلك ان استسعيا وأدى السعاية فالولاء لهما وأما على قولهما
فالولاء فى نصيب الشاهد موقوف لان فى زعم الشاهد ان جميع الولاء لشريكه لان الاعتاق لا يتجزأ على أصلهما
وشريكه يجحد ذلك فيسلم له النصف ويوقف له النصف وان شهد كل واحد منهما على صاحبه وأنكر الآخر
يحلف أولا كل واحد منهما على دعوى صاحبه لان كل واحد منهما بدعوى العتق على صاحبه يدعى وجوب
الضمان على صاحبه أو السعاية على العبد وصاحبه ينكر فيحلف كل واحد منهما لصاحبه وهذا لان فائدة
الاستحلاف النكول ليقضى به والنكول اما بذل أو اقرار والضمان مما يصح بذله والاقرار به واذا حلفا سعى العبد
لكل واحد منهما فى نصف قيمته فى قول أبى حنيفة لان فى زعم كل واحد منهما أن شريكه قد أعتق وان له الضمان
أو السعاية وتعذر التضمين حيث لم يصدقه الآخر فبقى الاستسعاء ولا فرق عند أبى حنيفة بين حال اليسار والاعسار
وأما على قولهما فان كانا موسرين فلا سعاية لواحد منهما لان كل واحد منهما يدعى الضمان على شريكه ويزعم أن
لا سعاية له مع اليسار فلم يثبت له ما أبرأ العبد عنه وان كانا معسرين يسعى العبد لكل واحد منهما لان كل واحد منهما
يزعم أن شريكه أعتق وهو معسر فلا حق له الا السعاية وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى العبد للموسر ولم
يسع للمعسر لان الموسر يزعم أن لا ضمان على شريكه وان له السعاية على العبد والمعسر يزعم أن الضمان على
الشريك وانه قد أبرأ العبد ثم هو عبد فى قول أبى حنيفة ويسعى وهو رقيق الى أن يؤدى ما عليه لان المستسعى فى حكم
المكاتب على أصله وعندهما هو حر عليه دين حين شهد الموليان فيسعى وهو حر لان فى زعم كل واحد منهما أنه حر
من جهة صاحبه ومن أقر بحرية عبد فى ملكه عتق عليه عبد بين رجلين قال أحدهما ان كنت دخلت هذه الدار
أمس فانت حر وقال الآخر ان لم تكن دخلتها أمس فانت حر ولا يدرى أكان دخل أو لم يدخل عتق نصف العبد
بينهما ويسعى فى نصف قيمته بين الموليين موسرين أو معسرين فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ان كانا معسرين
سعى فى نصف قيمته بينهما وان كانا موسرين فلا يسعى لاحد وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للمعسر
فى ربع قيمته ولا يسعى للموسر وقال محمد ان كانا موسرين لا يسعى وان كانا معسرين يسعى لهما فى جميع قيمته وجه
قول محمد ان كل واحد منهما يدعى على صاحبه انه أعتقه فصار كشهادة كل واحد منهما على صاحبه ولان من عتق
عليه نصف العبد مجانا بغير سعاية مجهول لان الحانث منهما مجهول فكان من يقضى عليه بسقوط نفس السعاية
مجهولا فلا يمكن القضاء به ولابى حنيفة وأبى يوسف ان نصف العبد قد عتق بيقين لان أحد الشريكين حانث بيقين
اذ العبد لا يخلو من أن يكون دخل الدار أو لم يدخل اذ لا واسطة بين الدخول والعدم وليس أحدهما بتعيينه للحنث أولى
من الآخر والمقضى له بالعتق بتعين فيقسم نصف العتق بينهما فاذا أعتق نصف العبد بيقين تعذر ايجاب كل السعاية عليه
فتجب نصف السعاية ثم على أصل أبى حنيفة يسعى فى نصف قيمته بينهما سواء كانا موسرين أو معسرين لان ضمان
السعاية عنده لا يختلف باليسار والاعسار وعند أبى يوسف يختلف فان كانا معسرين سعى لهما وان كانا موسرين
لا يسعى لهما وان كانا أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى للمعسر ولا يسعى للموسر وما ذكره محمد ان هذا كشهادة
كل واحد منهما على الآخر غير سديد لان ههنا تيقنا بحرية نصف العبد لما بينا وفى مسئلة الشهادة لم نستيقن
بالحرية لاحتمال أن تكون الشهادتان كاذبتين وأما قوله ان الذى يقضى عليه بالعتق بغير سعاية مجهول فنعم لكن هذا

لا يمنع القضاء اذا كان المقضى له معلوما لان المقضى له اذا كان معلوما يمكن رفع الجهالة التى من جانب المقضى له بالقسمة والتوزيع واذا كان مجهولا لا يمكن فان حلف رجلان على عبدين كل واحد منهما لاحدهما فقال أحدهما العبده ان كان زيد قد دخل هذه الدار اليوم فانت حر وقال الآخر لعبده ان لم يكن زيد دخل هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم ولا يدرى أدخل الدار أم لم يدخل لم يعتق واحد من العبدين لان ههنا المقضى له وعليه كل واحد منهما مجهول ولا وجه للقضاء عند تمكن الجهالة فى الطرفين وفى الفصل الاول المقضى له بالعتق متيقن معلوم والقضاء فى مثله جائز كمن أعتق واحدة من جوار يه العشر ثم جهلها وعلى هذا قال أبو يوسف فى عبدين بين رجلين قال أحدهما لاحد العبدين أنت حر ان لم يدخل فلان هذه الدار اليوم وقال الآخر للعبد الآخر ان دخل فلان هذه الدار اليوم فانت حر فمضى اليوم وتصادقا على أنهما لا يعلمان دخل أو لم يدخل فان هذين العبدين يعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى فى ثلاثة أرباع قيمته بين الموليين نصفين وقال محمد قياس قول أبى حنيفة أن يسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بينهما نصفين وجه قول أبى يوسف ان نصف أحد العبدين غير عين قد عتق بيقين لان فلانا لا يخلو من أن يكون دخل الدار اليوم أو لم يكن دخل فكان نصف أحدهما حرا بيقين وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر فيقسم نصف الحرية بينهما فيعتق من كل واحد منهما ربعه ويسعى كل واحد منهما فى ثلاثة أرباع قيمته للتخريج الى العتق كما فى المسئلة المتقدمة الا ان هناك العبد واحد فيعتق منه نصفه ويسعى فى النصف الباقى وههنا عبدان فيعتق نصف أحدهما غير عين ويقسم بين المولين فيعتق على كل واحد منهما الربع ويسعى كل واحد منهما فى الباقى وذلك ثلاثة أرباع قيمته وجه قياس قول أبى حنيفة أن المقضى له وعليه مجهولان ولا سبيل الى القضاء بالحرية مع جهالتهما فيسعى كل واحد منهما فى جميع قيمته بخلاف المسئلة المتقدمة لان ثمة المقضى له غير مجهول ومن هذا النوع ما ذكره ابن سماعة عن أبى يوسف فى عبد بين رجلين زعم أحدهما أن صاحبه أعتقه منذ سنة وانه هو أعتقه اليوم وقال شريكه لم أعتقه وقد أعتقت أنت اليوم فاضمن لى نصف القيمة لعتقك فلا ضمان على الذى زعم أن صاحبه أعتقه منذ سنة لان قوله أنا أعتقته اليوم ليس باعتاق بل هو اقرار بالعتق وانه حصل بعد اقراره على شريكه بالعتق فلم يصح وكذا لو قال أنا أعتقته أمس وأعتقه صاحبى منذ سنة وان لم يقر باعتاق نفسه لكن قامت عليه بينة انه أعتقه أمس فهو ضامن لشريكه لظهور الاعتاق منه بالبينة فدعواه على شريكه العتق المتقدم لا يمنع ظهور الاعتاق منه بالبينة ويمنع ظهوره باقراره والله عز وجل الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم الاعتاق وبيان وقت ثبوت حكمه فللاعتاق أحكام بعضها أصلى وبعضها من التوابع أما الحكم الاصلى للاعتاق فهو ثبوت العتق لان الاعتاق اثبات العتق والعتق فى اللغة عبارة عن القوة يقال عتق الطائر اذا قوى فطار عن وكره وفى عرف الشرع اسم لقوة حكمية للذات يدفع بها يد الاستيلاء والتملك عن نفسه ولهذا كان مقابله وهو الرق عبارة عن الضعف فى اللغة يقال ثوب رقيق أى ضعيف وفى متعارف الشرع يراد به الضعف الحكمى الذى يصير به الآدمى محلا للتملك وعلى عبارة التحرير الحكم الاصلى للتحرير هو ثبوت الحرية لان التحرير هو اثبات الحرية وهى الخلوص يقال طين حر أى خالص وأرض حرة اذا لم يكن عليها خراج وفى عرف الشرع يراد بها الخلوص عن الملك والرق وهذا الحكم يعم جميع أنواع الاعتاق غير أنه ان كان تنجيزا ثبت هذا الحكم للحال وان كان تعليقا بشرط أو اضافة الى وقت يثبت بعد وجود الشرط والوقت ويكون المحل قبل ذلك على حكم ملك المالك فى جميع الاحكام الا فى التعليق بشرط الموت المطلق وهو التدبير عندنا وكذا الاستيلاد ثم هذا الحكم قد يثبت فى جميع ما أضيف اليه وقد يثبت فى بعض ما أضيف اليه وجملة الكلام فيه أن الاعتاق لا يخلو اما ان كان فى الصحة واما ان كان فى المرض فان كان فى الصحة عتق كله سواء كان له مال آخر أو لم يكن وسواء كان عليه دين أو لم يكن لان حق الورثة أو الغريم لا يتعلق بالمال حالة الصحة فالاعتاق صادف خالص ملكه

لا حق

لاحق لاحد فيه فنفذ وان كان فى المرض فان كان له مال آخر سوى العبد والعبد كله يخرج من ثلث المال
يعتق كله لان الثلث خالص حقه لاحق للورثة فيه وانما تعلق حقهم فى الثلثين والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة على أعمالكم وان كان لايخرج
كله من ثلث المال وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لان المانع حق الورثة فاذا أجازوا فقد زال المانع فيعتق كله وان
لم يجيزوا الزيادة يعتق منه بقدر ثلث ماله ويسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سوى العبد فان أجازت الورثة عتق
كله لما قلنا وان لم يجيزوا يعتق ثلثه ويسعى فى الثلثين للورثة لما قلنا والدليل عليه أيضا ماروى فى حديث أبى قلابة ان
رجلا اعتق عبدا له عند موته ولا مال له غيره فاجاز النبى صلى الله عليه وسلم ثلثه واستسعاه فى ثلثى قيمته فدل الحديث
على جواز الاعتاق فى مرض الموت حيث أجاز النبى صلى الله عليه وسلم ذلك على ان الاعتاق فى مرض الموت
وصية حيث اعتبره من الثلث وعلى بطلان قول من يقول لاسعاية فى الشريعة حيث استسعى العبد هذا اذا لم يكن عليه
دين فان كان عليه دين فان كان مستغرقا لقيمته ولا مال له سوى العبد أوله مال آخر لكن الدين مستغرق لماله فاعتق
يسعى فى جميع قيمته للغريم ردا للوصية لان الدين مقدم على الوصية الا ان العتق لايحتمل النقض فتجب السعاية
وروى عن أبى الاعرج ان رجلا أعتق عبدا له عند الموت وعليه دين فقال النبى صلى الله عليه وسلم يسعى فى الدين
وهكذا روى عن على وابن مسعود رضى الله عنهما وان كان الدين غير مستغرق لقيمة العبد بان كان الدين ألف درهم
وقيمة العبد ألفان يسعى فى نصف قيمته للغريم ردا للوصية فى قدر الدين ثم نصفه الثانى عتق بطريق الوصية فان
أجازت الورثة عتق جميع نصفه الثانى وان لم تجز يعتق ثلث النصف الثانى مجانا بغير شئ وهو سدس الكل ويسعى
فى ثلثى النصف فالحاصل انه يعتق سدسه مجانا بغير شئ ويسعى فى خمسة أسداسه ثلاثة أسهم للغريم وسهمان
للورثة ولو كان له عبدان فاعتقهما وهو مريض فهو على التفاصيل التى ذكرنا انه ان كان له مال سواهما وهما يخرجان
من الثلث عتقا جميعا بغير شئ لما ذكرنا وان لم يخرجا من الثلث وأجازت الورثة الزيادة فكذلك لما قلنا وان لم يجيزوا
الزيادة يعتق من كل واحد منهما بقدر ثلث ماله ويسعى فى الباقى للورثة وان لم يكن له مال سواهما فان أجازت الورثة
عتقا جميعا بغير شئ وان لم يجيزوا يعتق من كل واحد منهما ثلثه مجانا ويسعى فى الثلثين للورثة فيجعل كل رقبة على
ثلاثة أسهم لحاجتنا الى الثلث فيصير جملة المال وهو العبدان على ستة أسهم فيخرج منها سهام العتق وسهام السعاية
للعبدين سهمان من ستة وللورثة أربعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان فان مات أحدهما قبل السعاية يجعل هو
مستوفيا لوصيته متلفا لما عليه من السعاية والتلف يدخل على الورثة وعلى العبد الباقى فيجمع نصيب الورثة وذلك
أربعة أسهم ونصيب العبد الحى وذلك سهم فيكون خمسة فيعتق من العبد الحى خمسه ويسعى فى أربعة أخماسه
فيحصل للورثة أربعة أسهم وللحى سهم والميت قد استوفى سهما فحصل للورثة أربعة أسهم وللوصية سهمان
فاستقام الثلث والثلثان ولو كان العبيد ثلاثة ولم يكن له مال سواهم يعتق من كل واحد ثلثه ويسعى فى ثلثى قيمته فيصير
كل واحد على ثلاثة أسهم فتصير العبيد على تسعة أسهم ستة أسهم للورثة وثلاثة أسهم للعبيد فان مات أحدهم قبل
السعاية صار متلفا لما عليه من السعاية مستوفيا لوصيته فيجمع نصيب الورثة وذلك ستة أسهم ونصيب العبدين
سهمان فيكون ثمانية أسهم فيجعل كل عبد على أربعة أسهم فيعتق من كل واحد ربعه ويسعى فى ثلاثة أرباعه
فيحصل للورثة ستة أسهم وللعبدين سهمان والميت استوفى سهما فاستقام الثلث والثلثان فان مات اثنان يجمع
نصيب الورثة ستة وللحى سهم فيكون سبعة فيعتق من الحى سبعه ويسعى فى ستة أسباع قيمته فيحصل للورثة ستة
وللحى سهم والميتان استوفيا سهمين فحصلت الوصية ثلاثة أسهم والسعاية ستة فاستقام الثلث والثلثان هذا كله
اذا لم يكن على الميت دين فان كان عليه دين مستغرق يسعى كل واحد فى قيمته للغرماء ردا للوصية لان العتق فى مرض
الموت وصية ولا وصية الا بعد قضاء الدين وان كان الدين غير مستغرق بان كان الفا وقيمة كل واحد منهما ألف يسعى

كل واحد فى نصف قيمته ثم نصف كل واحد منهما وصية فان أجازت الورثة عتق النصف الباقى من كل واحد وان لم تجز الورثة يعتق من كل واحد ثلث نصف الباقى مجانا وهو السدس و يسعى فى ثلثى النصف ففى الحاصل عتق من كل واحد سدسه مجانا و يسعى فى خمسة أسداسه والله عز وجل أعلم ثم المريض اذا أعتق عبده ولا مال له غيره فامر العبد فى الحال فى أحكام الحرية من الشهادة وغيرها موقوف فان برأ تبين انه صار حرا من حين أعتق وان مات فهو بمنزلة المكاتب فى قول أبى حنيفة لان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما هو حر وعليه دين لان الاعتاق لا يتجزأ وأما الذى هو من التوابع فنحو الملكية والولاية والشهادة والارث وغير ذلك لكن هذه ليست من الاحكام الاصلية للاعتاق بل هى من التوابع والثمرات تثبت فى بعض أنواعه دون بعض كالاعتاق المضاف الى الصبى والمجنون ونحو ذلك ومن هذا القبيل الاعتاق المضاف الى المجهول وجملة الكلام فيه ان جهالة المعتق اما ان كانت أصلية واما ان كانت طارئة فان كانت أصلية وهى ان تكون الصيغة من الابتداء مضافة الى أحد المذكورين غير عين فيجهل المضاف اليه لمزاحمة صاحبه اياه فى الاسم فصاحبه المزاحم لا يخلو اما ان يكون محتملا للاعتاق أولا يكون محتملا له والمحتمل لا يخلو من ان يكون ممن ينفذ اعتاقه فيه أو ممن لا ينفذ فان كان محتملا للاعتاق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه نحو ان يقول لعبديه أحدكما حر او يقول هذا حر او هذا أو يقول سالم حر أو بزيع لا ينوى أحدهما بعينه فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان كيفية هذا التصرف والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة به أما الكيفية فقد ذكرنا الاختلاف فيها فيما تقدم وأما الكلام فى الاحكام المتعلقة به فى الاصل فنوعان نوع يتعلق به فى حال حياة المولى ونوع يتعلق به بعد وفاته أما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى ان للمولى ان يستخدمهما قبل الاختيار وهذا يدل على ان العتق غير نازل فى أحدهما لانه لا سبيل الى استخدام الحر من غير رضاه وله ان يستعملهما و يستكسبهما وتكون الغلة والكسب للمولى وهذا أيضا يدل على ما قلنا ولو جنى عليهما قبل الاختيار فالجناية لا تخلو اما ان كانت من المولى واما ان كانت من الاجنبى ولا تخلو اما ان كانت على النفس أو على ما دون النفس فان كانت الجناية من المولى فان كانت على ما دون النفس بان قطع يد العبدين فلا شئ عليه وهذا أيضا يدل على عدم نزول العتق حيث جعلهما فى حكم المملوكين قبل الاختيار وسواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل الخيار ولا يكون ثابتا بخلاف القتل لما نذكر وان كانت جناية على النفس بان قتلهما فان قتلهما على التعاقب فالاول عبد والثانى حر لانه لما أقدم على قتل الاول فقد تعين الثانى للعتق فاذا قتله فقد قتل حرا فعليه الدية وتكون لورثته لان الدية تصير ميراثا للورثة ولا يكون للمولى من ذلك شئ لانه قاتل والقاتل لا يرث وان قتلهما معا بضربة واحدة فعليه نصف دية كل واحد منهما لورثته لان المضمون على المولى أحدهما وهو حر منهما وليس أحدهما باولى من الآخر فشاعت حرية واحدة فيهما وهذا يؤيد القول بنزول العتق فى غير العين وان كانت الجناية من الاجنبى فان كانت فيما دون النفس بان قطع انسان يد العبدين فعليه ارش العبيد وذلك نصف قيمة كل واحد منهما لكن يكون ارشهما للمولى سواء قطعهما معا أو على التعاقب لان القطع لا يبطل خيار المولى وهذا يوجب القول بعدم نزول العتق اذ لو نزل لكان الواجب ارش يد عبد وحر وهو نصف قيمة عبد ونصف دية حر وان كانت فى النفس فالقاتل لا يخلو اما ان كان واحدا واما ان كان اثنين فان كان واحدا فان قتلهما معا فعلى القاتل نصف قيمة كل واحد منهما نصف قيمة هذا ونصف قيمة ذاك و يكون للمولى وعليه نصف دية كل واحد منهما نصف دية هذا ونصف دية ذاك وتكون لورثتهما وهذا دليل على ان العتق نازل فى غير العين اذ لو لم يكن لكان الواجب فى قتلهما معا قيمة عبدين ومع ذلك لم يجب بل وجب دية حر وقيمة عبد لان أحدهما حر وقد قتل حرا وعبدا والواجب بقتل الحر الدية و بقتل العبد القيمة والدية للورثة والقيمة للمولى وانما انقسم لان كل واحد منهما تجب ديته فى حال وقيمته فى حال لاحتمال انه حر وعبد فينقسم ذلك على اعتبار الاحوال كما هو أصل أصحابنا وان قتلهما على التعاقب يجب على

القاتل قيمة الاول للمولى ودية الثانى للورثة لان قتل الاول يوجب تعين الثانى للعتق فيتعين الاول للمولى وقد قتل
حرا وعبدا خطأ وان كان القاتل اثنين فقتل كل واحد منهما رجلا فان وقع قتل كل واحد منهما معا فعلى كل واحد من
القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى وايجاب القيمتين يوجب قيمة ودية على قول من يقول ان العتق غير نازل
ظاهر الان كل واحد منهما قتل عبدا خطأ وانه يوجب القيمة وأما على قول من يقول بنزول العتق فانما لم تجب الدية
لان من تجب الدية عليه منهما مجهول اذ لا يعلم من الذى تجب عليه منهما فلا يمكن ايجاب الدية مع الشك والقيمة متيقنة
فتجب بخلاف ما اذا كان القاتل واحدا لان هناك من عليه معلوم لا جهالة فيه وانما الجهالة فيمن له وأما انقسام
القيمتين فلان المستحق لاحد البدلين هو المولى والمستحق للبدل الآخر هو الوارث وكل واحد منهما يستحق فى
حال ولا يستحق فى حال فوجوب القيمتين حجة أحد القولين وانقسامهما حجة القول الآخر وان وقع قتل كل واحد
منهما على التعاقب فعلى قاتل الاول القيمة للمولى وعلى قاتل الثانى الدية للورثة لان أحدهما قتل عبدا والآخر قتل
حرا لان قتل الاول أوجب تعين الثانى للحرية والاول للرق ولو كان المملوك أمتين فولدت كل واحدة منهما ولدا أو
ولدت احداهما ولدا فاختار المولى عتق احداهما عتقت هى وعتق ولدها سواء كان للاخرى ولد أو لم يكن أما على
قول التخيير فظاهر لان العتق كان نازلا فى غير العين منهما والبيان تعيين لمن وقع عليه فعتقت المعينة وعتق ولدها تبعا لها
وأما على قول التعليق فلان العتق ان لم ينزل فقد انعقد سبب النزول فى احداهما فيسرى الى ولدها كالاستيلاد
والكتابة ولو ماتت الامتان معا قبل الاختيار وقد ولدت كل واحدة منهما ولدا خير المولى فيختار عتق أى الولدين
شاء لانهما لما ماتتا معا لم تتعين احداهما للحرية فحدث الولدان على وصف الام فيخير المولى فيهما كما كان يخير فى الام
فان مات أحد الولدين قبل الآخر مع بقاء الامتين لا يلتفت الى ذلك ويخير المولى لانه لم يتعلق بموته تعيين اذ الحرية
انما تتعين فيه بتعينها فى أمه وحكم التعيين فى الام قائم لان تعينها ممكن فيخير المولى فيهما فأيهما اختار عتقها
فعتقت عتق ولدها ولو قتل الامتين معا رجل خير المولى فى الولدين لما قلنا فى الموت وأيهما اختار عتقه فعتق لا يرث من
ارش أمه شيأ لانه انما عتق باختيار العتق فيه وذلك يتأخر عن الموت فلا يرث شيأ بل يكون الكل للمولى وهذا نص
مذهب التعليق لان العتق لو كان نازلا فى احداهما لحدوثهما على وصف الام لكان الاختيار تعيينا لمن وقع عليه
العتق فكان عتقه متقدما على موت الام فينبغى أن يرث والله عز وجل أعلم ولو وطئت الامتان بشبهة قبل اختيار
المولى يجب عقر أمتين ويكون للمولى كالارش وهذا يؤيد قول التعليق اذ لو كان تنجيزا لكان الواجب عقر حرة
وأمة ولكان نصف ذلك للامتين والنصف للمولى ولما كان كسبهما له والارش فالعقر أولى لانهما لا يملكان
بدون ملك الاصل وقد يملك الكسب بدون ملك الاصل كالغاصب فلما كان الكسب له فالارش والعقر أولى
ولو باعهما صفقة واحدة كان البيع فاسدا أما على قول التنجيز فظاهر لان العتق اذا نزل فى غير العين منهما صار جامعا
بين حر وعبد فى البيع من غير بيان حصة كل واحد منهما لانه غير جائز بالاجماع وأما على قول التعليق فلان حق
الحرية قد ثبت وهو انعقاد سبب الحرية لاحدهما فيمنع جواز البيع كما لو جمع بين قن ومدبر فى البيع ولم يبين حصة
كل واحد منهما من الثمن ولو أنه باعهما صفقة واحدة وسلمهما الى المشترى فاعتقهما المشترى فيقال للبائع اختر العتق فى
احدهما وأيهما اختار عتقه عتق الآخر على المشترى لان المشترى لما قبضهما بعقد فاسد فقد ملك أحدهما ونفذ
اعتاقه فيه فاذا عين البائع أحدهما للعتق تعين الآخر للملك الفاسد فينفذ فيه اعتاق المشترى وانما بدئ بتخيير البائع
لان التمليك منه حصل فى مجهول فلم يتعين أحدهما للحرية لا يتعين الآخر للملك الفاسد فان مات البائع قبل البيان
قامت الورثة مقامه ويقال لهم بينوا فان بينوا فى أحدهما عتق الآخر على المشترى ولا يقال ينبغى أن ينقسم العتق
بموت المولى كما اذا مات قبل البيع لان شرط الانقسام أن لا يزول الملك عن أحدهما لاستحالة انقسام الحرية على
الحر والملك قد زال عن أحدهما فتعذر الانقسام وبقى الخيار فقام الوارث مقام المورث فان قيل الخيار عندكم لا يورث

فكيف ورثتم هذا الخيار وهذا منكم تناقض فالجواب أن هذا الخيار لا يورث عندنا بل يثبت للورثة ابتداء لا بطريق
الارث بل لانهم استحقوا قيمة أحد العبدين فكان لهم التعيين كما كان للبائع وهذا كما قالوا فيمن باع أحد عبديه
على أنه بالخيار وقبضهما المشترى فماتا في يده ثم مات البائع ان لورثة البائع الاختيار ابتداء لا بطريق الارث كذا هذا
فان لم يعتق المشترى حتى مات البائع لم ينقسم العتق فيهما حتى يفسخ القاضى البيع فاذا فسخه انقسم وعتق من كل
واحد منهما نصفه وانما كان كذلك لما ذكرنا من فوات شرط الانقسام وهو عدم زوال الملك فى أحدهما والملك قد
زال عن أحد العبدين فتعذر التقسيم والتوزيع الا ان البيع الفاسد واجب الفسخ حقا للشرع رفعا للفساد وفسخه
بفعل القاضى أو بتراضى المتعاقدين فاذا فسخ عاد الى ملك البائع وشاع العتق فيهما وعتق من كل واحد منهما نصفه
ولو وهبهما قبل الاختيار أو تصدق بهما أو تزوج عليهما يخير فيختار العتق فى أيهما شاء وتجوز الهبة والصدقة
والامهار فى الآخر لان حرية أحدهما أو حق الحرية وهو انعقاد سبب الحرية فى أحدهما على اختلاف الكيفيتين
لا يوجب بطلان هذه التصرفات ألا ترى أنه لو جمع فى الهبة أو فى الصدقة أو فى النكاح بين حر وعبد يصح فى العبد
وكذا اذا جمع فيها بين مدبر وقن يصح فى القن وهذا لان الجمع بين الحر والعبد فى البيع انما يوجب فساد البيع لانه
اذا جمع بينهما فقد جعل قبول البيع فى كل واحد منهما شرطا لصحة قبوله فى الآخر وانه شرط فاسد وهذه التصرفات
لا تبطلها الشروط الفاسدة فان قيل اذا قبضهما الموهوب له أو المتصدق عليه أو المرأة فقد زال الملك عن أحدهما
فكيف يخير المولى فالجواب أنا لا نقول بزوال الملك عن أحدهما قبل الاختيار بل زواله موقوف على وجود الاختيار
فاذا تعين أحدهما للعتق باختياره العتق يزول الملك عن أحدهما وان مات المولى قبل أن يبين العتق فى أحدهما
بطلت الهبة والصدقة فيهما وبطل امهارها لانه لما مات فقد شاع العتق فيهما لوجود شرط الشياع فيعتق من كل
واحد منهما نصفه ومعتق البعض لا يحتمل التمليك من الغير ولو أسرهما أهل الحرب كان للمولى أن يختار عتق أحدهما
ويكون الآخر لاهل الحرب لان أهل الحرب لم يملكوهما بالاسر لان أحدهما حر او حق الحرية لاحدهما ثابت
وكل ذلك يمنع من التملك بالاسر ولهذا لا يملكون المكاتب والمدبر بالاسر كما لا يملكون الحر واذا لم يملكا بالاسر
بقيا على ملك المولى وله خيار العتق فاذا اختار أحدهما بقى الآخر عبدا فيملكه أهل الحرب فان لم يختر المولى حتى مات
بطل ملك أهل الحرب بينهما لانه لما مات المولى شاعت الحرية وعتق من كل واحد منهما نصفه فتعذر التملك ولو أسر
أهل الحرب أحدهما لم يملكوه لان أحدهما حر اوثبت له حق الحرية وكل ذلك يمنع من التملك بخلاف ما اذا باع
أحدهما لان بيعه اياه اختيار منه للملك فقد باع ملكه باختياره فصح ولو اشتراهما من أهل الحرب تاجر فللمولى أن
يختار عتق أيهما شاء ويأخذ الآخر بحصته من الثمن لان الخيار كان ثابتا للمولى قبل البيع فاذا باعوا فقد ثبت
للمشترى ما كان ثابتا قبل خيار العمل فاذا اختار عتق أحدهما صح ملك أهل الحرب والمشترى منهم فى الآخر
فيأخذه بحصته من الثمن فان اشترى التاجر أحدهما فاختار المولى عتقه عتق وبطل الشراء لما ذكرنا أن ولاية
الاختيار قائمة للمولى فان أخذه المولى من الذى اشتراه بالثمن عتق الآخر لان أخذه اياه اعادة له الى قديم ملكه فيتعين
الآخر للعتق كانه أعتقه ولو قال فى صحته لعبديه أحدكما حر ثم مرض مرض الموت فاختار عتق أحدهما يعتق من
جميع المال وان كانت قيمته أكثر من الثلث بان كانت قيمة أحدهما ألفا وقيمة الآخر ألفين فبين العتق فى الذى
قيمته ألفان وهذا يدل على أن اضافة العتق الى المجهول ايقاع وتنجيز اذ لو كان تعليقا واقتصر العتق على حالة المرض
ينبغى أن يعتبر من الثلث كما لو أنشأ العتق فى المرض والله عز وجل الموفق وللعبدين حق مخاصمة المولى فلهما أن
يرفعانه الى القاضى ويستعديا عليه واذا استعديا عليه أعداهما القاضى وأمره القاضى بالبيان أعنى اختيار أحدهما
وجبره عليه بالحبس لو امتنع أما على مذهب التنجيز فلان العتق نازل فى أحدهما غير عين وكل واحد منهما يجوز أن
يكون هو الحر والحرية حقه او له فيها حق وأما على مذهب التعليق فلان الحرية ان لم تثبت فى أحدهما فقد يثبت حق

الحرية

الحرية أعنى انعقد سبب ثبوت الحرية من غير ثبوت الحرية أصلا وهذا حقه وله فيه حق والبيان طريق استيفاء هذا الحق فكان كل واحد منهما بسبيل من الخصومة والمطالبة بالبيان وانما كان البيان الى المولى لان الاجمال منه فكان البيان اليه كما فى بيان المجمل والمشترك فى النصوص وكمن أقر بشئ مجهول أو باع قفيزا من صبرة كان البيان اليه كذا هذا ثم البيان أنواع ثلاثة نص ودلالة وضرورة أما النص فنحو أن يقول المولى لاحدهما عينا اياك عنيت أو نويت أو أردت بذلك اللفظ الذى ذكرت أو اخترت أن تكون حرا باللفظ الذى قلت أو أنت حر بذلك اللفظ الذى قلت أو بذلك الاعتاق أو أعتقتك بالعتق السابق وغير ذلك من الالفاظ فلو قال أنت حر أو أعتقتك بالعتق السابق فان أراد به عتقا مستأنفا عتقا جميعا هذا بالاعتاق المستأنف وذاك باللفظ السابق لان انشاء العتق فى أحدهما قبل الاختيار اختيار العتق فى الآخر دلالة لما نذكر ان شاء الله تعالى وان قال عنيت به الذى لزمنى بقولى أحدكما حر يصدق فى القضاء ويحمل قوله أعتقتك على اختيار العتق أى اخترت عتقك وأما الدلالة فهى أن يخرج المولى أحدهما عن ملكه بالبيع أو بالهبة أو بالصدقة أو بانشاء العتق أو يرهن أحدهما أو يؤاجر أو يكاتب أو يدبر أو يستولدان كانت أمة لان الاصل ان من خير بين أمرين ففعل ما يستدل به على اختياره أحدهما يجعل ذلك اختيارا منه دلالة ويقوم ذلك مقام النص كانه قال اخترت والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لبريرة ان وطئك زوجك فلا خيار لك لما ان تمكينها زوجها من الوطء دليل اختيارها زوجها لا نفسها فصار هذا أصلا فى الباب وهذه التصرفات كلها فى أحدهما دليل اختيار العتق فى الآخر لان منها ما ينافى اختيار العتق المبهم فى المتصرف فيه وهى التصرفات المزيلة للملك ومنها مالا ينافى اختيار العتق المبهم فى المتصرف فيه لكن اختيار العتق المبهم فيه يبطله وهو الرهن والاجارة والكتابة والتدبير والاستيلاد والعاقل يقصد صحة تصرفاته وسلامتها عن الانتقاض والبطلان فكان اقدامه على كلا النوعين من التصرفات فى أحدهما دليلا على اختياره العتق المبهم فى الآخر واختياره العتق المبهم فى أحدهما عينا شرط لنزول العتق فيه بالكلام السابق وهذا التخريج على قول من يقول ان العتق غير نازل فى العين فيهما فاما على قول من يقول بنزول العتق فى أحدهما غير عين فهو ان هذه التصرفات لا صحة لها بدون الملك فالاقدام عليها يكون اختيارا للملك فى المتصرف فيه فتعين الآخر فيعتق ضرورة من غير اختيار المولى نصا ودلالة كما اذا مات أحدهما قبل الاختيار أو قتل وسواء كان البيع بتا أو فيه خيار للبائع أو للمشترى أما على مذهب التنجيز فلانه لا صحة للبيع الا بالملك فكان اقدامه على بيع أحدهما اختيارا اياه للملك فيتعين الآخر للعتق ضرورة وأما على مذهب التعليق أما خيار المشترى فلا يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف فينافى اختيار العتق المبهم فيه وأما اختيار البائع فلان اختيار العتق المبهم يبطل شرط الخيار وسواء كان البيع صحيحا أو فاسدا اذا قبض المشترى لانه وقع مزيلا للملك فيتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة وأما اذا لم يقبض فقد ذكر فى الاصل اذا باع أحدهما بيعا فاسدا او قبض المشترى عتق الباقى ولم يذكر انه اذا لم يقبض ماذا حكمه وهكذا ذكر محمد فى الاملاء اذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض عتق الآخر عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعندنا ولم يذكر حال عدم القبض وذكر الجصاص ان القبض ليس بشرط ويتعين العتق فى الآخر سواء قبض المشترى أو لم يقبض وهكذا ذكر القدورى وقال قد ظهر القول من أصحابنا انه اذا ساوم باحد العبدين وقع العتق فى الآخر وهكذا روى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه لو أوصى باحدهما أو ساوم عتق الآخر ومعلوم ان المساومة دون البيع الفاسد فالسوم لما كان بيانا فالبيع أولى وبه تبين ان ذكر القبض فى الاصل ليس على سبيل الشرط بل وقع ذكره اتفاقا أو اشعارا انه مع القبض من التصرفات المزيلة للملك ولو علق عتق أحدهما عينا بشرط بان قال له ان دخلت الدار فانت حر عتق الآخر أما على مذهب التنجيز فلان التعليق بما سوى الملك وسببه لا يصح الا فى الملك فكان الاقدام على تعليق عتقه اختيارا للملك فيه فيتعين الآخر للعتق ضرورة

كما لو نجز العتق فى أحدهما وأما على مذهب التعليق فلان اختيار العتق المبهم فيه يبطل التعليق بالشرط فصار كما لو
دبر أحدهما وذكر ابن سماعة عن محمد أنه اذا قال لاحدهما ان دخلت الدار فانت حر ثم قال أحدكما حر ثم دخل الذى
علق عتقه بدخول الدار حتى عتق عتق الآخر لان ملك المولى زال عن أحدهما السبب من جهته فصار كما لو أعتقه ابتداء
أو باعه ولو كان المملو كان أختين فوطئ المولى احداهما فان علقت منه عتقت الاخرى بالاجماع لانها صارت ام ولد
له وقد ذكرنا ان الاستيلاد يكون معينا للعتق فى الاخرى وان لم تعلق لا تعتق الاخرى فى قول أبى حنيفة وعند أبى
يوسف ومحمد تعتق وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال وكذلك لو قبل احداهما بشهوة أو لمس بشهوة أو
نظر الى فرجها عن شهوة ولو استخدم احداهما لا تعتق الاخرى فى قولهم جميعا لان الاستخدام تصرف لا يختص
بالملك اذ قد يستخدم الحرة (وجه) قولهما ان الظاهر من حال العاقل المتدين الاقدام على الوطء الحلال لا الحرام وحل
الوطء لا يثبت الا باحد نوعى الملك ولم يوجد ههنا ملك النكاح فتعين ملك اليمين للحل واذا تعينت الموطوأة للملك تعينت
الاخرى للعتق ولان الوطء لو لم يجعل بيانا فمن الجائز أن يقع اختياره على الموطوأة فيتبين أنه وطئ حرة من غير نكاح
فيجعل الوطء بيانا ضرورة التحرج عن الحرام حالا ومآلا حتى لو قال احداكما مدبرة ثم وطئ احداهما
لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك الاستمتاع فلا حاجة الى التحرز بالبيان ولهذا جعل الوطء بيانا فى
الطلاق المبهم حتى لو قال لامرأتيه احداكما طالق فوطئ احداهما طلقت الاخرى كذا ههنا ولابى حنيفة أن كون
الوطء بيانا للعتق فى غير الموطوأة يستدعى نزول العتق ليكون العتق تعيينا للمعتقة منهما والعتق بالكلام السابق غير
نازل لما بينا من الدلائل وهكذا نقول فى الطلاق المبهم أنه غير واقع فى غير المعين منهما بل هو معلق بشرط الاختيار الا أن
هناك جعل الوطء دلالة الاختيار ولم يجعل ههنا لان الوطء فى باب النكاح مستحق على الزوج شرعا لقوله عز وجل
فامساك بمعروف أو تسريح باحسان قيل فى التفسير ان الامساك بالمعروف هو الوطء والنفقة واذا كان الوطء
مستحقا بالنكاح عند اختيار الامساك فاذا قصد وطء احداهما صار مختارا لامساكها فيلزمه ايفاء المستحق شرعا
ضرورة اختيار الامساك فيصير مختارا طلاق الاخرى والوطء فى الامة غير مستحق بحال فلا يكون وطء احداهما
اختيارا للعتق فى الاخرى لو صار مختارا الامساك انما يصير ليقع وطؤه حلالا لا تحرجا عن الحرمة ووطؤه اياهما جميعا
حلال وباختيار احداهما لا يظهر ان وطء الموطوأة كان حراما لان العتق ثبت حال الاختيار مقصورا عليها وأما
الضرورة فنحو أن يموت أحد العبدين قبل الاختيار فيعتق الآخر لانه بالموت خرج من أن يكون محلا لاختيار العتق
المبهم فتعين الآخر ضرورة من غير تعيين المولى لا نصا ولا دلالة وهذا يدل على أن العتق غير نازل اذ لو كان نازلا لما
تعين الآخر للعتق لان التعيين للضرورة وهى ضرورة عدم المحل ولا ضرورة لان الميت كان محلا للبيان اذ البيان
تعيين لمن وقع عليه العتق بالايجاب السابق وقت وجوده وكان حيا فى ذلك الوقت وهذا بخلاف ما اذا باع أحد عبديه
على أن المشترى بالخيار ثلاثة أيام فمات أحدهما ان ملك المشترى يتعين فى الميت منهما ولا يتعين فى الحى لان هناك
وجد المسقط للخيار فى الميت قبل الموت وهو حدوث العيب فيه اذ الموت لا يخلو عن مقدمة مرض عادة فحدوث
العيب فيه يبطل خيار المشترى فيه فيتعين بالبيع فيتعين الحى للرد وههنا حدوث العيب فى أحدهما لا يوجب تعيينه
للملك قبل الموت فيتعين للموت فيتعين الآخر للعتق ضرورة بخلاف ما اذا قال أحد هذين ابنى أو أحد هاتين أم
ولدى فمات أحدهما لم يتعين الآخر للحرية والاستيلاد كذا روى ابن سماعة عن محمد لان قوله أحد هاتين أم ولدى
أو أحد هذين ابنى ليس بانشاء بل هو اخبار عن أمر سابق والاخبار يصح فى الحى والميت فيقف على بيانه وقوله
أحدكما حر أو أحد هذين حر انشاء للحرية فى أحدهما والانشاء لا يصح الا فى الحى فاذا مات أحدهما تعين الآخر
للحرية وكذا اذا قتل أحدهما سواء قتله المولى أو أجنبي لما قلنا غير ان القتل ان كان من المولى فلا شىء عليه وان كان
من الاجنبي فعليه قيمة العبد المقتول للمولى فان اختار المولى عتق المقتول لا يرتفع العتق عن الحى ولكن قيمة المقتول

تكون

تكون لورثته لان المولى قد أقر بحريته فلا يستحق شيأ من قيمته فان قطعت يد أحدهما لا يعتق الآخر سواء كان القطع من المولى أو من أجنبي لان القطع لا يقطع خيار المولى لبقاء محل الخيار بخلاف القتل فان قطع أجنبي يد أحدهما ثم بين المولى العتق فان بينه فى غير المجنى عليه فالارش للمولى بلا شك وان بينه فى المجنى عليه ذكر القدورى فى شرحه ان الارش للمولى أيضا ولا شئ للمجنى عليه من الارش وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان الارش يكون للمجنى عليه وهكذا ذكر القاضى فيما اذا قطع المولى ثم بين العتق أنه ان بينه فى المجنى عليه يجب عليه أرش الاحرار ويكون للعبد وعلل بأنه أقر على نفسه بانه جنى على حر وان بينه فى غير المجنى عليه فلا شئ على المولى ولم يذكر القدورى هذا الفصل وانما ذكر فصل الاجنبي وما ذكره القاضى قياس مذهب التنجيز لان البيان يكون تعيينا لمن وقع عليه العتق فيتبين انه كان حرا وقت ورود الجناية عليه فيوجب ارش الاحرار على المولى للعبد وما ذكره القدورى قياس مذهب التعليق لان العتق ثبت وقت الاختيار مقصورا عليه فلا يظهر لان الجناية صادفت يد حر والله عز وجل أعلم ولو قال عبدى حر وليس له الا عبد واحد عتق لانه تعين بالايجاب فانصرف اليه فان قال لى عبد آخر عنيته لم يصدق فى القضاء لانه اذا لم يعرف له عبد آخر انصرف ايجابه الى هذا العبد ظاهرا فلا يصدق فى العدول عن الظاهر الا ببينة تقوم على أن له عبدا آخر ويصدق فيما بينه وبين الله عز وجل لانه نوى ما يحتمله لفظه ولو قال أحد عبيدى حر او أحد عبدى حر وليس له الا عبد واحد عتق لان لفظة أحد لا تقتضى آحادا ألا ترى أن الله تعالى موصوف بانه أحد قال سبحانه وتعالى قل هو الله أحد ولا مثل له ولا شريك ولا أحد غيره فى الازل وروى بشر عن أبى يوسف فيمن كان له ثلاثة أعبد فقال أحد عبيدى حر أحد عبيدى حر أحد عبيدى حر قال ذلك ثلاثا عتقوا لان أحدهم عتق باللفظ الاول لانه أحد عبيده وعتق الآخر باللفظ الثانى لهذا المعنى وقد بقى له عبدان فيعتق أحدهما وعتق الثالث باللفظ الثالث وان لم يبق الا عبد واحد كما لو قال ابتداء أحد عبيدى حر وليس له الا عبد واحد ولو قال أحدكم حر أحدكم حر أحدكم حر لم يعتق الا واحد لان أحدهم عتق باللفظ الاول ثم باللفظ الثانى جمع بين حر وعبدين فقال أحدكم حر لم يصح ثم باللفظ الثالث جمع بين عبد وحرين فلم يصح ذلك أيضا لانه يحمل على الاخبار وهو صادق فيما أخبر ولو قال لعبده أنت حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان قال عنيت به الحرية عتق وان قال عنيت به التدبير صار مدبرا وهذا ظاهر فان مات قبل البيان والقول فى الصحة عتق نصفه بالاعتاق البات ونصفه بالتدبير لشيوع العتقين فيه الا أن نصفه يعتق مجانا من جميع المال لانه يعتق بالاعتاق البات فى حالة الصحة ونصفه يعتق من الثلث لانه يعتق بالتدبير والعتق بالتدبير يثبت من طريق الوصية فيعتبر من الثلث سواء كان التدبير فى المرض أو فى الصحة ان خرج من الثلث عتق كل النصف وان لم يكن له مال غيره عتق ثلث النصف مجانا لان هذا التدبير لم يتعلق به حق الورثة ويسعى فى ثلثى النصف وهو ثلث الكل ولو كانا عبدين فقال أحدكما حر أو مدبر يؤمر بالبيان فان مات قبل البيان ولا مال له غيرهما والقول فى الصحة عتق نصف كل واحد منهما للشيوع الا أن الربع من كل واحد منهما يعتق مجانا من جميع المال لحصوله بالاعتاق البات فى حالة الصحة والربع يعتق من أصوله بالتدبير ويسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته على كل حال ولو قال أنتما حران أو مدبران والمسئلة بحالها عتق نصف كل واحد منهما بالاعتاق البات ونصف كل واحد منهما بالتدبير وهذا كله اذا كان القول فى الصحة فان كان فى المرض يعتبر ذلك من الثلث ولو كان لرجل ثلاثة أعبد فقال هذا حر او هذا وهذا عتق الثالث ويؤمر بالبيان فى الاولين ولو قال هذا حر وهذا أو هذا عتق الاول ويؤمر بالبيان فى الآخرين وكذلك هذا فى الطلاق ووجه الفرق ان كلمة أو فى الفصل الاول دخلت بين الاول والثانى فأوجبت حرية احدهما غير عين ثم الثالث عطف على الحر منهما أيهما كان فصار كانه قال أحدكما حر وهذا وفى الفصل الثانى أوجب الحرية للاول عينا ثم أدخل كلمة أو فى الثانى والثالث فأوجبت حرية أحدهما غير عين فعتق الاول ويؤمر بالبيان فى الثانى والثالث وهذا بخلاف ما اذا قال ان كلمت هذا

أوهذا وهذا فعبدى حر انه ان كلم الاول وحده حنث وان كلم الثانى أو الثالث وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعا ولو قال ان كلمت هذا وهذا أو هذا فعبدى حر فان كلم الثالث وحده حنث وان كلم الاول أو الثانى وحده لا يحنث مالم يكلمهما جميعاً لان فى الفصل الاول جعل شرط الحنث كلام الاول وحده أو كلام الثانى والثالث جميعاً لانه جعل الثالث معطوفا على الثانى بحرف العطف فقد أدخل كلمة أو بين الاول وحده و بين الثانى والثالث جميعاً وأما فى الفصل الثانى فقد جعل شرط الحنث كلام الاول والثانى جميعاً أو كلام الثالث وحده لانه عطف الثانى على الاول بحرف العطف وأدخل كلمة أو بين الاول والثانى جميعاً والثالث وحده والله عز وجل أعلم ولو اختلط حر بعبد كرجل له عبد فاختلط بحر ثم كل واحد منهما يقول أنا حر والمولى يقول أحدكما عبدى كان لكل واحد منهما أن يحلفه بالله تعالى ما يعلم أنه حر فان حلف لاحدهما ونكل للآخر فالذى نكل له حر دون الآخر وان نكل لهما فهما حران وان حلف لهما فقد اختلط الامر فالقاضى يقضى بالاختلاط و يعتق من كل واحد منهما نصفه بغير شىء ونصفه بنصف القيمة وكذا لو كانوا ثلاثة يعتق من كل واحد منهم ثلثه و يسعى فى ثلثى قيمته كذا ذكره الكرخى وكذلك لو كانوا عشرة فهو على هذا الاعتبار وهذا كرجل أعتق أحد عبديه بعينه ثم نسيه فان بين فهو على ما بين فان لم يبين وقال لا أدرى أيهما حر لا يجبر على البيان ولكن يعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا ونصفه بنصف القيمة كذلك ههنا وأما النوع الثانى وهو ما يتعلق به بعد موت المولى فهو ان المولى اذا قال لعبديه أحدكما حر لا ينوى أحدهما بعينه ثم مات قبل الاختيار عتق من كل واحد منهما نصفه لانه وقع اليأس عن البيان والاختيار اذ لا يمكنه ذلك بنفسه وهذا الخيار لا يورث حتى يقوم الوارث فيه مقامه فيشيع العتق فيهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيعتق من كل واحد منهما نصفه مجانا و يسعى كل واحد منهما فى نصف قيمته وفصل الشيوع دليل نزول العتق فى أحدهما اذ الثابت تشييع والموت ليس باعتاق علم ان الكلام السابق وقع تنجيزا للعتق فى أحدهما ثم فرق بين هذا الخيار و بين خيار التعيين ف باب البيع لانه الوارث هناك يقوم مقام الموت فى البيان وههنا لا و وجه الفرق ان هناك ملك المشترى أحد العبدين مجهولا اذ كل واحد منهما محل للملك فاذا مات فالوارث ورث منه عبدا مجهولا فتجرى الارث ثبت ولاية التعيين أما ههنا فأحدهما حر أو استحق الحرية وذلك يمنع جريان الارث فى أحدهما فيمنع ولاية التعيين هذا اذا كان المزاحم له محتملا للعتق وهو ممن ينفذ اعتاقه فيه فأما اذا كان ممن لا ينفذ اعتاقه فيه بأن جمع بين عبده وعبد غيره فقال أحدكما حر لا يعتق عبده الا بالنية لان قوله أحدكما يحتمل كل واحد منهما لان عبد الغير قابل للعتق فى نفسه ومحتمل لنفوذ الاعتاق فيه فى الجملة فلا ينصرف الى عبد نفسه الا بالنية وان كان المزاحم ممن لا يحتمل العتق أصلا كما اذا جمع بين عبده و بين بهيمة أو حائط أو حجر فقال أحدكما حر أو قال عبدى حر أو هذا أو هذا فان عبده يعتق فى قول أبى حنيفة نوى أو لم ينو وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا بالنية وكذا اذا جمع بين عبده و بين ميت وقد ذكرنا الكلام فى هذه الجملة فى كتاب الطلاق وعلى هذا اذا جمع بين عبده و بين حر فقال أحدكما حر انه لا يعتق عبده الا بالنية لان صيغته صيغة الخبر فيحمل على الاخبار وهو صادق فى اخباره مع ما فى الحمل عليه تصحيح تصرفه وانه أصل عند الامكان فيحمل عليه الا اذا نوى فيحمل على الانشاء بقرينة النية والحر لا يحتمل انشاء الحرية فينصرف الى العبد ولو جمع بين عبده ومدبره فقال أحدكما حر لا يصير عبده مدبرا الا بالنية و يحمل على الاخبار كما فى الجمع بين الحر والعبد ولو جمع بين عبديه ومدبره فقال اثنان منكم مدبران صار أحد عبديه مدبرا و يؤمر بالبيان لان قوله اثنان منكم يصرف أحدهما الى المدبر و يكون اخبارا عن تدبيره اذ الصيغة للخبر فى الوضع وهو صادق فى هذا الاخبار والآخر يصرف الى أحد العبدين فيكون انشاء للتدبير فى أحدهما اذ لا يمكن حمله على الخبر لانه يكون كذبا فيحمل على الانشاء كانه قال للمدبر هذا مدبر وأحد العبدين مدبر فيؤمر بالبيان كما لو قال ذلك ابتداء لعبديه أحدكما مدبر فان مات المولى قبل البيان انقسم تدبير رقبة بين العبدين نصفين فيعتق المدبر المعروف من الثلث و يعتق نصف كل واحد من العبدين من

الثلث لان التدبير وصية والوصية تعتبر من الثلث سواء كان فى المرض أو فى الصحة وهذا كما لو جمع بين عبدين وحر فقال اثنان منكم حران انه يصرف أحدهما الى الاخبار عن حرية أحدهم والآخر الى انشاء الحرية فى أحد العبدين لا غير كأنه قال للحر ان هذا حر وأحد العبدين حر فيؤمر بالبيان فان مات قبل البيان عتق من كل واحد منهما نصفه لشيوع العتق فيهما كذا هذا ولو كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر ثم خرج أحدهما ودخل الآخر فقال أحدكما حر فالكلام فى هذه المسئلة فى الاصل يقع فى موضعين أحدهما يتعلق فى حال الحياة والثانى يتعلق بحال الموت أما الاول فما دام المولى حيا يؤمر بالبيان ثم ان بدأ بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وتبين ان ايجاب الثانى بين الثابت والداخل وقع صحيحا لوقوعه بين عبدين فيؤمر بالبيان لهذا الايجاب وان عنى بالايجاب الاول الثابت عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع لغوا لحصوله بين حر وعبد فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه قال الكلام الثانى ينصرف الى الداخل وهذا غير سديد لان على قوله اذا جمع بين حر وعبد فقال أحدكما حر ينبغى ان ينصرف الى العبد وليس كذلك بالاجماع وان بدأ بالبيان للايجاب الثانى فان عنى به الداخل عتق الداخل عتق بالايجاب الثانى وبقى الايجاب الاول بين الخارج والثابت على حاله كما كان فيؤمر بالبيان كما كان وان عنى به الثابت عتق الثابت بالايجاب الثانى وعتق الخارج بالايجاب الاول لتعينه للعتق باعتاق الثابت وأما الذى يتعلق بما بعد الموت فههنا حالان حال ما بعد موت العبدين وحال ما بعد موت المولى أما موت العبدين فان مات الخارج عتق الثابت بالايجاب الاول وتبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وان مات الثابت عتق الخارج بالايجاب الاول والداخل بالايجاب الثانى لان الثابت قد أعيد عليه الايجاب فعتقه يوجب تعيين كل واحد منهما للعتق وان مات الداخل يؤمر المولى بالبيان للايجاب الاول فان عنى به الخارج عتق الخارج بالايجاب الاول وبقى الايجاب الثانى بين الداخل والثابت فيؤمر بالبيان وان عنى به الثابت تبين ان الايجاب الثانى وقع باطلا وأما موت المولى قبل البيان فان كان القول منه فى الصحة يعتق من الخارج نصفه ومن الثابت ثلاثة أرباعه بلا خلاف بين أصحابنا واختلفوا فى الداخل قال أبو حنيفة وأبو يوسف يعتق من الداخل نصفه وقال محمد ربعه أما فى مسئلة الوفاق فلان المولى ان كان عنى بالايجاب الاول الخارج عتق كله ولم يعتق به الثابت وان كان عنى به الثابت عتق الثابت كله ولم يعتق به الخارج وكل واحد منهما يعتق فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف فيعتق من كل واحد منهما نصفه بالايجاب الاول ثم الثابت بالايجاب الثانى يعتق نصفه الباقى فى حال ولا يعتق فى حال فيتنصف ذلك النصف فيعتق ربعه بالايجاب الثانى وقد عتق نصفه بالايجاب الاول فيعتق ثلاثة أرباعه وأما مسئلة الخلاف فاما وجه قول محمد فهو ان الايجاب الثانى يصح فى حال ولا يصح فى حال لانه ان كان المولى عنى بالايجاب الاول الخارج يصح الايجاب الثانى لان الثابت يبقى رقيقا فيقع الايجاب الثانى جمعا بين العبدين فيصح وان كان عنى به الثابت لا يصح لانه يقع جمعا بين الحر والعبد فيلغو فيصح الايجاب الثانى فى حال ولم يصح فى حال فلا يثبت الا نصف حرية فيقسم بين الثابت والداخل فيصيب كل واحد منهما الربع ولهما ان الايجاب الثانى انما يدور بين الصحة والبطلان اذا نزل العتق بالايجاب الاول فى غير المعين منهما ولم ينزل لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم فكان الايجاب الثانى صحيحا فى الحالين جميعا فلما مات المولى قبل البيان أصاب الداخل من هذا الايجاب نصف حرية ثم ان كان عنى به الثابت عتق به النصف الباقى ولا يعتق الداخل وان كان عنى به الداخل عتق كله ولا يعتق شىء من النصف الباقى من الثابت فكل واحد منهما يثبت فى حال ولا يثبت فى حال فيتنصف فيعتق من الثابت ربعه ومن الداخل نصفه والدليل على ان ما ذكره محمد غير سديد ان الايجاب الثانى لو كان تردد بين الصحة وعدم الصحة لبطل أصلا ورأسا لان من جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر بطل أصلا ورأسا ومحمد اعتبر الايجاب الثانى حيث قال بثبوت نصف حرية بين الثابت والداخل هذا

اذا كان القول منه فى الصحة فان كان فى المرض فان كان له مال آخر يخرجون من الثلث أولا يخرجون لكن ان أجازت الورثة فكذلك الجواب وان لم يكن له مال سوى هؤلاء ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهم على قدر وصيتهم لان الاعتاق فى مرض الموت وصية والوصية نفاذها من الثلث فيضرب كل واحد منهم بمقدار وصيته فوصية الخارج نصف الرقبة ووصية الثابت ثلاثة أرباع الرقبة ووصية الداخل نصف الرقبة على أصلهما فيجعل كل واحد على أربعة أسهم لحاجتنا الى ثلاثة الارباع فالخارج يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان والثابت يضرب بثلاثة أرباع الرقبة وذلك ثلاثة أسهم والداخل يضرب بنصف الرقبة وذلك سهمان فتجمع وصاياهم فتصير سبعة أسهم فيجعل ثلث المال مبلغ الوصايا وذلك سبعة أسهم فيكون ثلثا المال أربعة عشر سهما ضرورة فيكون جميع المال أحد وعشرين فصار كل عبد سبعة أسهم لان ماله ثلاثة أعبد وقد صار ماله كله أحدا وعشرين سهما فيخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فالخارج يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى فى خمسة أسهم والثابت يعتق منه ثلاثة أسهم من سبعة ويسعى فى أربعة أسهم والداخل يعتق منه سهمان من سبعة ويسعى فى خمسة أسهم كالخارج واذا صار سهام الوصايا سبعة تصير سهام الورثة أربعة عشر ضرورة فاستقام الثلث والثلثان وهذا التخريج على قولهما وأما على قول محمد فالخارج يضرب بسهمين والثابت بثلاثة والداخل بسهم فذلك ستة أسهم فصار ثلث المال ستة أسهم فيكون ثلثاه مثليه وذلك اثنى عشر فيصير جميع المال ثمانية عشر فصار كل عبد ستة أسهم يخرج منه سهام العتق وسهام السعاية فيعتق من الخارج سهمان ويسعى فى أربعة أسهم ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى فى ثلاثة ويعتق من الداخل سهم واحد ويسعى فى خمسة أسهم فصار للورثة اثنى عشر ولاصحاب الوصايا ستة فاستقام الثلث والثلثان والله عز وجل أعلم وأما الجهالة الطارئة بان أضاف صيغة الاعتاق الى أحدهما بعينه ثم نسيه فالكلام فى هذا الفصل أيضا فى موضعين أحدهما فى كيفية هذا التصرف والثانى فى الاحكام المتعلقة به أما الاول فلا خلاف فى ان أحدهما حر قبل البيان لان الصيغة أضيفت الى معين والمعين محل لنزول العتق فيه فكان البيان فى هذا النوع اظهارا وتعيينا لمن نزل فيه العتق وأما الثانى فالاحكام المتعلقة به ضربان أيضا ضرب يتعلق به فى حال حياة المولى وضرب يتعلق به بعد موته أما الاول فنقول اذا أعتق احدى جاريتيه بعينها ثم نسيها أو أعتق احدى جواريه العشرة بعينها ثم نسى المعتقة فانه يمنع من وطئهن واستخدامهن لان واحدة منهن حرة بيقين فكل واحدة تحتمل أن تكون هى الحرة ووطء الحرة من غير نكاح حرام فلو قرب واحدة منهن ربما يقرب الحرة فيمنع من ذلك صيانة عن الحرام والاصل فى هذا الباب ما روينا من حديث وابصة بن معبد رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه ولا يجوز أن يطأ واحدة منهن بالتحرى لما ذكرنا فى كتاب الطلاق فلو انه وطئ واحدة منهن فحكمه نذكره هنا والحيلة فى ان يباح له وطؤهن ان يعقد عليهن عقد النكاح فتحل له الحرة منهن بالنكاح والرقيقة بملك اليمين ولو خاصم العبدان المولى الى القاضى وطلبا منه البيان أمره القاضى بالبيان ولو امتنع حبسه ليبين كذا ذكره الكرخى لان أحدهما حر بيقين والحرية حقه أوله فيها حق ولكل صاحب حق ان يطلب حقه واذا امتنع من الايفاء يجبر عليه ولو ادعى كل واحد منهما انه هو الحر ولا بينة له وجحد المولى فطلبا يمينه استحلفه القاضى لكل واحد منهما بالله عز وجل ما أعتقه لان الاستحلاف لفائدة النكول والنكول بذل أو اقرار والعتق يحتمل كل ذلك ثم ان نكل لهما عتقا لانه بذل لهما الحرية أو أقر بها لهما وان حلف لهما يؤمر بالبيان لان أحدهما حر بيقين وحريته لا ترتفع باليمين وما ذكرنا من رواية ابن سماعة عن محمد فى الطلاق يكون ذلك رواية فى العتاق وهو انهما اذا استحلفا فحلف المولى للاول يعتق الذى لم يحلف له لانه لما حلف للاول والله ما أعتقه فقد أقر برقه فيتعين الآخر للحرية كما اذا قال ابتداء لاحدهما عينا هذا عبد وان لم يحلف له عتق هو لانه بذل له الحرية أو أقر وان تشاحا فى اليمين حلف لهما جميعا بالله عز وجل ما أعتق واحدا منهما فان حلف

لهما فان كانا أمتين يحجب منهما حتى يبين لما ذكرنا ان حرية احداهما لا ترتفع بالحلف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى ان المولى لا يجبر على البيان فى الجهالة الطارئة اذا لم يتذكر لما فيه من استرقاق الحر لان أحدهما حر بيقين بخلاف الجهالة الاصلية لان ثمة الحرية غير نازلة فى المحل فى أصح القولين فلم يكن فى البيان استرقاق الحر ثم البيان فى هذه الجهالة نوعان نص ودلالة أو ضرورة أما النص فنحو ان يقول المولى لاحدهما عينا هذا الذى كنت أعتقته ونسيت وأما الدلالة أو الضرورة فهى ان يقول أو يفعل ما يدل على البيان نحو ان يتصرف فى احدهما تصرفا لا صحة له بدون الملك من البيع والهبة والصدقة والوصية والاعتاق والاجارة والرهن والكتابة والتدبير والاستيلاد اذا كانتا جاريتين لان هذه التصرفات لا صحة لها الا فى الملك فكان اقدامه دليل اختياره الملك فى التصرف فيه وتعين الآخر للعتق وكذا اذا كانا أمتين فوطئ احداهما عتقت الاخرى بلا خلاف لان احداهما حرة بيقين فكان وطء احداهما تعيينا لها للرق والاخرى للعتق وتعيين الاخرى للعتق ضرورة انتفاء المزاحم بخلاف الجهالة الاصلية على أصل أبى حنيفة لان العتق غير نازل فى احداهما فكانت كل واحدة منهما حلال الوطء وان كن عشرا فوطئ أحداهن تعينت الموطوءة للرق حملا لامره على الصلاح وتعينت الباقيات لكون المعتقة فيهن دلالة أو ضرورة فيتعين البيان نصا أو دلالة وكذا لو وطئ الثانية والثالثة الى التاسعة فتتعين الباقية وهى العاشرة للعتق لان فعله يحمل على الجواز ولا جواز له الا فى الملك فكان الاقدام على وطئهن تعيينا لهن للرق والباقية للعتق أو تتعين الباقية ضرورة والاحسن أن لا يطأ واحدة منهن لاحتمال أن تكون الموطوأة هى الحرة فلو أنه وطئ فحكمه ما ذكرنا ولو ماتت واحدة منهن قبل البيان فالاحسن أن لا يطأ الباقيات قبل البيان لاحتمال أن تكون المعتقة فيهن فلو أنه وطئهن قبل البيان جاز لان فعل المسلم العدل محمول على الجواز ما أمكن وأمكن ههنا بان يحمل على أنه قد تذكر أن المعتقة منهن هى الميتة لان البيان فى هذا النوع من الجهالة اظهار وتعيين لمن نزلت فيه الحرية من الاصل فلم تكن الحياة شرطا لمحلية البيان وكان اقدامه على وطئهن تعيينا للميتة للعتق والباقيات للرق دلالة أو تتعين الباقيات للرق ضرورة بخلاف الجهالة الاصلية اذا ماتت واحدة منهن أن الميتة لا تتعين للحرية لان الحرية هناك غير نازلة فى احداهن وانما تنزل عند وجود الشرط وهو الاختيار مقصورا عليه والمحل ليس بقابل للحرية وقت الاختيار فهو الفرق ولو كانت اثنتين فماتت واحدة منهما لا تتعين الباقية للعتق لان الميتة لم تتعين للرق لانعدام دليل يوجب التعيين فلا تتعين الاخرى للعتق ضرورة فوقف تعيينها للعتق على البيان نصا أو دلالة اذ الميتة لم تخرج عن كونها محلا للبيان اذ البيان فى هذا النوع اظهار وتعيين بخلاف النوع الاول فى أصح القولين ولو قال المولى هذا مملوك وأشار الى أحدهما يتعين الآخر للعتق دلالة أو ضرورة ولو باعهما جميعا صفقة واحدة كان البيع فاسدا لانه باع حرا وعبدا صفقة واحدة ولم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن وكذا لو كانوا عشرة فباعهم صفقة واحدة وينفسخ البيع فى الكل ولو باعهم على الانفراد جاز البيع فى التسعة ويتعين العاشر للعتق كذا ذكر الكرخى لان بيع كل واحد منهم اختيار اياه للرق ويتعين الباقى للعتق دلالة أو يتعين ضرورة عدم المزاحم كما لو وطئ عشرة نفر لكل واحد منهم جارية فعتق واحد منهم جاريته ولا يعرف المعتق فلكل واحد منهم أن يطأ جاريته وان يتصرف فيها تصرف الملاك لان الجهالة تمكنت فى الجانبين جميعا المعتق والمعتق فوقع الشك فى الطرفين فلا يزال اليقين بالشك بخلاف ما اذا كانت الجوارى لواحد فعتق واحدة منهن ثم نسيها أنه يمنع من وطء الكل لان الجهالة هناك لم تقع الا فى أحد الجانبين فلم يقع الشك الا فى أحد الجانبين اذ المعتق على يقين من حرية احداهن وكل واحدة تحتمل أن تكون هى الحرة فيمنع من وطئهن ولو دخل الكل فى ملك أحدهم صار كأن الكل كن فى ملكه فاعتق واحدة منهن ثم جهلها وأما الثانى فهو أن المولى اذا مات قبل البيان يعتق من كل واحدة منهما نصفه مجانا بغير شىء ونصفه بالقيمة فتسعى كل واحدة منهما فى نصف قيمتها للورثة لما ذكرنا فى الجهالة الاصلية والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يظهر به حكمه فالمظهر له شيئان أحدهما الاقرار والثاني البينة أما الاول فلا شك ان الاقرار من المولى باعتاق عبده يظهر به العتق لان الظاهر ان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا فيصدق في اقراره على نفسه ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة ولو أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه عتق عليه لان اقراره على نفسه مقبول ولا يقبل على غيره لكونه شهادة على الغير وشهادة الفرد غير مقبولة فاذا اشتراه فقد زال المانع من تقييده في حقه فيعتق عليه وأما البينة فجملة الكلام فيها أنه لا خلاف في أنها تقبل على عتق المملوك اذا ادعى المملوك العتق وأنكر المولى سواء كان المملوك عبدا أو جارية فاما اذا لم يدع وأنكر العتق والمولى أيضا منكر فهل تقبل الشهادة على عتقه من غير دعواه فان كان المملوك جارية تقبل بالاجماع وان كان عبدا لا تقبل في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد تقبل من أصحابنا من حمل المسئلة على أن عتق العبد حق العبد عند أبي حنيفة والشهادة على حقوق العباد لا تقبل من غير دعاويهم كالاموال وسائر حقوق العباد وعندهما هي حق الله تعالى والشهادة على حقوق الله عز وجل مقبولة من غير دعوى أحد كالشهادة على اعتاق الانسان أمته وتطليقه امرأته والشهادة على أسباب الحدود الخالصة لله عز وجل من الزنا والشرب والسكر الا السرقة فانه شرط فيها الدعوى لتحقق السبب اذ لا يظهر كون الفعل سرقة شرعا بدون الدعوى لما نذكر في كتاب السرقة فتتكلم في المسئلة بناء وابتداء أما البناء فوجه قولهما ان في الاعتاق تحريم الاسترقاق وحرمة الاسترقاق حق الله تعالى قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أنا خصمهم ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة وذكر من جملتها رجلا باع حرا وأكل ثمنه وكذا يتعلق به اهلية وجوب حقوق الله عز وجل من الكفارات والزكوات والجمع والجماعات فثبت أن العتق حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى لقبول الشهادة القائمة عليه كما في عتق الامة وطلاق المرأة وكما في الحدود الخالصة وكذا الاحكام تدل على أن الدعوى ليست بشرط فان الشهادة على حرية الاصل للعبد تقبل من غير دعواه وكذا الشهادة على نسب صبي صغير من رجل وأنكر الرجل وكذا الشهادة على المولى باستيلاد جاريته وهما منكران وكذا التناقض في العتق لا يمنع صحة الدعوى بان قال عبد لانسان اشترني فاني عبد فلان فاشتراه ثم ادعى العبد حرية الاصل تسمع دعواه ولو كانت الدعوى فيه شرطا لكان التناقض مانعا من صحة الدعوى كما في سائر الدعاوى ولابي حنيفة ان الاعتاق اثبات العتق والعتق في عرف اللغة والشرع اسم لقوة حكمية تثبت للعبد تندفع بها يد الاستيلاء والتملك عنه والقوة حقه اذ هو المنتفع بها مقصودا ألا ترى أنه هو الذي يتضرر بانتفائها مقصودا بالاسترقاق وكذا التحرير اثبات الحرية والحرية في متعارف الشرع واللغة تنبئ عن خلوص نفس العبد له عن الرق والملك وذلك حقه لانه هو المنتفع به دون غيره مقصودا وحق الانسان ما ينتفع هو به دون غيره فاذا ثبت أن العتق حق العبد فالشهادة القائمة على عتق العبد لا تقبل من غير دعواه كسائر الشهادات القائمة على سائر حقوق العباد والجامع بينهما من وجهين أحدهما أن المشهود به اذا كان حقا للعبد كان العبد مشهودا له فاذا أنكر فقد كذب شهوده والمشهود له اذا أكذب شهوده لا تقبل شهادتهم له والثاني ان انكار المشهود له حقه مع حاجته الى استيفاء حقه لينتفع به يوجب تهمة في الشهادة لان المشهود به لو كان ثابتا لتبادر الى الدعوى ولا شهادة لمتهم وأما قوله في الاعتاق تحريم الاسترقاق فنقول الاعتاق لا ينبئ عن ذلك وانما ينبئ عن اثبات القوة والخلوص على ما بينا وذلك حقه ثم اذا ثبت حقه بالاعتاق حرم الاسترقاق لما فيه من ابطال حقه وهذا لا يدل على أن حرمة الاسترقاق حق الله عز وجل ألا ترى ان سائر الحقوق الثابتة للعباد يحرم ابطالها ولا يدل على أن حرمة ابطالها حق الله تعالى على أنا ان سلمنا ان في العتق حق الله تعالى فالمقصود حاصل لانه من حيث انه حق الله تعالى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى العبد ومن حيث انه حق العبد لا تقبل فدارت الشهادة بين القبول وعدم القبول فلا تقبل مع الشك ولهذا لم تقبل الشهادة على القذف من غير دعوى المقذوف وان كان حد القذف حق الله تعالى من وجه وحق العبد من وجه كذا ههنا وأما الاحكام فاما عتق الامة فثمة هكذا نقول ان تلك الشهادة لا تقبل على العتق

من حيث ذات العتق لما قلنا في العبد وانما تقبل من حيث ان عتق الامة حق الله تعالى على الخلوص من حيث انه سبب لتحريم الفرج ووسيلة اليه والشيء من حيث التسبب والتوسل غير ومن حيث الذات غير كما قلنا في كفر المحارب انه يوجب القتل من حيث انه سبب للحراب لا من حيث ذاته بل ذات الكفر غير موجب لانهما غيران كذا هذا ألا ترى أنه ينفصل أحدهما عن الآخر فان العتق قد لا يكون وسيلة الى تحريم الفرج وهو عتق العبد ثم متى قبلت على العتق من حيث انه سبب حرمة الفرج تقبل من حيث ذات العتق وكذا في طلاق المرأة من غير دعواها وليس للعتق في محل النزاع سببية تحريم الفرج فلو قبل لقبل على ذات العتق ولا وجه اليه لما بينا فانه قيل ما ذكرتم من العذر في فصل الامة والطلاق لا يصح لان الشهادة على عتق الامة المجوسية والاخت من الرضاعة مقبولة من غير دعوى وهذه الشهادة لا تتضمن حرمة الفروج لان الحرمة كانت ثابتة قبل ذلك وكذا الشهادة على الطلاق الرجعي والطلاق المضاف الى الملك يقبل من غير دعوى ولا تتضمن هذه الشهادة تحريم الفرج فالجواب أن من أصحابنا من يمنع المسئلتين الاولتين فقالوا لا تقبل الشهادة فيهما من غير دعوى لانها لا تتضمن تحريم الفرج ومنهم من سلم مسئلة المجوسية ومنع مسئلة الاخت من الرضاعة وفرق بينهما من حيث ان وطء الامة المجوسية مملوك للمولى وانما منع من الاستيفاء لخبثها كما يمنع من الوطء حالة الحيض ولهذا لو وطئها لا يسقط احصانه وبعد العتق لو وطئها يسقط احصانه فالشهادة على عتقها تضمنت تحريم الفرج فقبلت من غير دعوى فأما الاخت من الرضاعة فحرام الوطء حقيقة حتى لو وطئها يسقط احصانه مع قيام ملك اليمين والمعتبر في الباب تحريم الفرج لا الانوثة والشهادة على النسب قط لا تقبل من غير دعوى وفيما ذكر من المسئلة وهي ما اذا كان صغيرا فلا تقبل عند أبي حنيفة ما لم ينصب القاضي خصما عن الصغير ليدعي النسب له بطريق النيابة شرعا نظرا للصغير العاجز عن احياء حقه بنفسه والقاضي نصب ناظرا للمسلمين وكان ذلك شهادة على خصم وأما الاستيلاد فهو سبب لتحريم الفرج والدعاوى في الجملة لانه يوجب حقيقة الحرية عند الموت والحرمة لازمة للحرية حتى لا يباح لها مس المولى وغسله بسبب الحرية فكان الاستيلاد في الحال سببا لثبوت الحرية فكان سببا لحق الله تعالى في الحال فيقام السبب مقام الحقيقة في حق التحريم احتياطا وهو الجواب عن الطلاق الرجعي والطلاق المضاف الى الحرية ثمة ثبت في الجملة أيضا عند وجود زوال الحل فيعتبر السبب قائما مقام المسبب في حق الحرمة احتياطا وأما الابتداء فوجه قولهما ان عدالة الشاهد دلالة صدقه في شهادته من حيث الظاهر فيثبت المشهود به ظاهرا والقاضي مكلف بالقضاء بالظاهر فكان ينبغي أن لا تشترط الدعوى لقبول الشهادة أصلا ولهذا لم تشترط في عتق الامة وطلاق المرأة وأسباب الحدود الا أنا عرفنا اشتراطها فيما وراء العتق من حقوق العباد بالاجماع فيقتصر على مورد الاجماع (وجه) قول أبي حنيفة ان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب محتمل للكذب فلا يفيد العلم للقاضي بالمشهود به والاصل أن لا يجوز القضاء بما لا علم للقاضي به وبما ليس بثابت قطعا لقوله عز وجل ولا تقف ما ليس لك به علم وانه اسم للثابت قطعا وقوله سبحانه وتعالى ياداود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق والحق اسم للكائن الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم فكان ينبغي أن لا يجوز القضاء به أصلا الا أن الشرع جاء بالجواز لحاجة العباد الى دفع الفساد وهو المنازعة القائمة بينهما بالدعوى والمنازعة سبب الفساد أو لدفع فساد الزنا كما في حد الزنا وعتق الامة وطلاق المرأة أو لدفع فساد السكر في حد الشارب والسكر فالحق المحتمل بالمتيقن أو اكتفى بظاهر الصدق مع الاحتمال دفعا للفساد فبقي الحكم فيما وراء ذلك على الاصل وعلى هذا شاهدان شهدا على رجل أنه أعتق أحد عبديه والعبدان يدعيان العتق أو يدعيه أحدهما فان شهدا في حال حياة المولى وصحته لا تقبل شهادتهما في قول أبي حنيفة وعندهما تقبل لان الدعوى شرط قبول الشهادة على عتق العبد عنده والمدعى مجهول فجهالة المدعى منعت صحة الدعوى فمتنع قبول الشهادة وعندهما الدعوى ليست بشرط فجهالة المدعى لا تكون أقل من عدم الدعوى فلا تمنع قبول الشهادة فتقبل ويجبر على البيان وان شهدا بعد وفاته على أنه

أعتق أحدهما فى حال صحته فهو على هذا الخلاف وان شهدا على ذلك وهو مريض فمات أو شهدا بعد موته على أنه قال ذلك فى المرض لا تقبل فى قياس قول أبى حنيفة وفى الاستحسان تقبل ولا خلاف فى أنهما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه تقبل ويخير فيختار طلاق احداهما وجه قياس قول أبى حنيفة ما ذكرنا ان الدعوى شرط والمدعى مجهول وجه الاستحسان أن المدعى ههنا معلوم لان الاعتاق فى مرض الموت وصية والخصم فى تنفيذ الوصية هو الموصى فكان الميت المشهود له لوقوع الشهادة له فكان المدعى معلوما فجازت الشهادة له بخلاف حال الصحة فان الشهادة هناك وقعت لاحد العبدين فكان المشهود له مجهولا فلم تجز الشهادة ولان المولى لما مات فقد شاع العتق فيهما جميعا فصار كل واحد منهما خصما فى حق نفسه متعينا فتقبل الشهادة بخلاف حال الحياة والصحة وكذلك جواب أبى حنيفة فى هذه المسئلة فى الامتين بأن شهدا بانه أعتق احدى أمتيه انها لا تقبل لان انعدام اشتراط الدعوى بقبول الشهادة على عتق الامة لكونه سببا لحرمة الفرج وهى حق الله تعالى ولا تثبت حرمة الفرج بالعتق المبهم عند أبى حنيفة فكان الجواب فى العبدين والامتين ههنا عنده على السواء بخلاف ما اذا شهدا على أنه طلق احدى امرأتيه انها تقبل لانها قامت على سبب حرمة الفرج والدعوى فيها ليست بشرط ولو شهدا ان أحد هذين الرجلين أعتق عبده فلانا لم تجز شهادتهما لان المدعى عليه مجهول ولو شهدا أنه أعتق عبداله وسماه ونسيناه ان الشهادة باطلة لان الشاهد اذا نسى ما تحمل لا تقبل شهادته ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفان سالما وله عبد اسمه سالم ليس له غيره تقبل شهادتهما ولو شهدا به فى البيع لا تقبل ووجه الفرق ان البيع لا يحتمل الجهالة أصلا والعتق يحتمل ضربا من الجهالة ألا ترى أنه لا يجوز بيع أحد العبدين ويجوز اعتاق أحد العبدين ولو اختلف الشاهدان فى الشرط الذى علق به العتق لم تجز شهادتهما لانهما شهدا بعقدين كل عقد لا يثبت الا بشهادة شاهدين ولم يوجد والاصل فيه انه اذا اختلفت شهادة الشاهدين فان كان ذلك فى دعوى العتق لا تقبل أصلا وان كان فى دعوى المال ففيه تفصيل ووفاق واختلاف نذكر ذلك كله فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى والله عز وجل أعلم

## ﴿ كتاب التدبير ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فيما ذكرنا فى كتاب العتق وهو بيان ركن التدبير وبيان شرائط الركن وبيان صفة التدبير وبيان حكم التدبير ووقت ثبوت حكمه وبيان ما يظهر به التدبير

﴿ فصل ﴾ أما الاول فركن التدبير هو اللفظ الدال على معنى التدبير لغة وهو اثبات العتق عن دبر ثم اثبات العتق عن دبر نوعان مطلق ومقيد أما المطلق فهو أن يعلق الرجل عتق عبده بموته مطلقا وله ألفاظ قد تكون بصريح اللفظ مثل أن يقول أنت مدبر أو دبرتك وقد تكون بلفظ التحرير والاعتاق نحو أن يقول أنت حر بعد موتى أو حررتك بعد موتى أو أنت معتق أو عتيق بعد موتى أو أعتقتك بعد موتى وكذا اذا قال أنت حر عند موتى أو مع موتى أو فى موتى هو بمنزلة قوله بعد موتى لان عند كلمة حضرة فعند الموت يستدعى وجود الموت فيكون موته بمعنى الشرط ومع للمقارنة ومقارنة الشئ يقتضى وجودهما وفى للظرف فاذا دخل ما لا يصلح ظرفا يجعل شرطا كما اذا قال لعبده أنت حر فى دخولك الدار وقد يكون بلفظ اليمين بأن يقول ان مت فأنت حر أو يقول اذا مت أو متى مت أو متى ما مت أو ان حدث بى حدث أو متى حدث بى لانه علق العتق بالموت مطلقا وكذا اذا ذكر فى هذه الالفاظ مكان الموت الوفاة أو الهلاك ولو قال ان مات فلان فأنت حر لم يكن مدبرا لانه لم يوجد تعليق عتق عبده بموته فلم يكن هذا تدبيرا بل كان تعليقا بشرط مطلق كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وقال أبو يوسف لو قال أنت حر ان مت أو قتلت فليس بمدبر وقال زفر هو مدبر لانه علق عتقه بالموت وأنه كائن لا محالة ولابى يوسف ان علق بأحد الامرين فلا يصير مدبرا

كما لو قال ان مت أو مات زيد ولو قال ان مت وفلان فأنت حر أو قال أنت حر بعد موتى وموت فلان أو قال بعد موت فلان وموتى لم يكن مدبرا الا أن يموت فلان قبله فيصير حينئذ مدبرا وانما لا يصير مدبرا للحال لانه يحتمل أن يموت المولى أولا فلا يعتق لانه علق العتق بشرطين بموته وموت فلان فلا يعتق بموته وحده ويصير العبد ميراثا فبعد ذلك ان مات فلان ووجد الشرط الآخر فانما وجد بعد ما انتقل الملك الى الورثة ويحتمل أن يموت فلان فيصير مدبرا ويعتق بموت المولى فكان هذا كالتدبير المقيد ثم ينظر ان مات المولى أولا فقد صار العبد ميراثا للورثة لما بينا وان مات فلان أولا فقد صار مدبرا لان التدبير صار مطلقا وصار العبد بحاله يعتق بموت المولى ثم استشهد في الاصل فقال ألا ترى أنه لو قال أنت حر بعد كلامك فلانا وبعد موتى فكلم فلانا كان مدبرا وكذلك قوله اذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتى فكلمه صار مدبرا لانه بعد الكلام صار التدبير مطلقا فكذا هذا وقد يكون بلفظ الوصية وهو أن يوصى لعبده بنفسه أو برقبته أو بعتقه أو يوصيه بوصية يستحق من جملتها رقبته أو بعضها نحو أن يقول له أوصيتك بنفسك أو برقبتك أو بعتقك أو كل ما يعبر به عن جملة البدن لان الموصى يزيل ملكه بالوصية ثم ان كان الموصى له ممن يحتمل الملك يزول الملك اليه والا فيزول لا الى أحد والحر لا يحتمل أن يملك نفسه لما فيه من الاستحالة فكانت الوصية له بنفسه ازالة الملك لا الى أحد وهذا معنى الاعتاق فبهذا الطريق جعل بيع نفس العبد وهبتها له اعتاقا كذا هذا فيصير في معنى قوله أنت حر بعد موتى وكذا لو قال له أوصيت لك بثلث مالى لان رقبته من جملة ماله فصار موصى له بثلثها ولان هذا ازالة الملك من الثلث لا الى أحد فيكون اعتاقا وروى بشر عن أبى يوسف فيمن أوصى لعبده بسهم من ماله أنه يعتق بعد موته ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق ووجه الفرق ان السهم عبارة عن السدس فاذا أوصى له بسدس ماله فقد دخل سدس رقبته في الوصية فأما اسم الجزء فلا يتضمن الوصية بالرقبة لا محالة فكان الخيار فيه الى الورثة فلهم التعيين فيما شاؤا والله عز وجل أعلم وأما المقيد فهو ان يعلق عتق عبده بموته موصوفا بصفة أو بموته وشرط آخر نحو أن يقول ان مت من مرضى هذا أو في سفرى هذا فأنت حر أو يقول ان قتلت فأنت حر او ان غرقت فأنت حر أو ان حدث بى حدث من مرضى هذا أو من سفرى هذا فأنت حر ونحو ذلك مما يحتمل أن يكون موته على تلك الصفة ويحتمل أن لا يكون وكذا اذا ذكر مع موته شرطا آخر يحتمل الوجود والعدم فهو مدبر مقيد وحكمه يذكر في موضعه ان شاء الله تعالى وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لو قال اذا مت ودفنت أو غسلت أو كفنت فأنت حر فليس بمدبر يريد به في حق الاحكام المتعلقة بالتدبير في حال حياة المدبر لانه علق العتق بالموت وبمعنى آخر فلم يكن مدبرا مطلقا فان مات وهو في ملكه استحسنت أن يعتق من الثلث والقياس أن لا يعتق كما لو قال اذا مت فدخلت الدار فأنت حر فمات المولى فدخل العبد الدار انه لا يعتق كذا هذا لكنه استحسن وقال يعتق من الثلث لانه علق العتق بالموت وبما هو من علائقه فصار كما لو علقه بموت نصفه فكان حكمه حكم المدبر المقيد بخلاف قوله اذا مت فدخلت الدار لان دخول الدار لا تعلق له بالموت فلم يكن تعليقا بموت نصفه فلم يكن تدبيرا أصلا بل كان يمينا مطلقا فيبطل بالموت كسائر الايمان ثم التدبير قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بشرط أما المطلق فما ذكرنا وأما المعلق فنحو أن يقول ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا أو اذا قدم زيد فأنت مدبر لان التدبير اثبات حق الحرية وحقيقة الحرية تحتمل التعليق بالشرط فكذا في حق التدبير وذكر محمد في الاصل اذا قال أنت حر بعد موتى ان شئت فان نوى بقوله ان شئت الساعة فشاء العبد في ساعته تلك صار مدبرا لانه علق التدبير بشرط وهو المشيئة وقد وجد الشرط فيصير مدبرا كما اذا قال ان دخلت الدار فأنت مدبر وان عنى به مشيئته بعد الموت فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى لانه علق العتق بشرط يوجد بعد الموت فاذا وجد قبله لا يعتبر فان مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه كذا ذكره في الاصل وذكر الحاكم في مختصره ان المراد منه أن يعتقه الوصى أو الوارث لان العتق ههنا لم يتعلق بالموت وانما تعلق به وبأمر آخر بعده فيصير بمنزلة الوصية بالاعتاق فيجب أن لا يعتق

مالم يعتق وكذا ذكر الجصاص أنه لا يعتق حتى يعتقه الورثة لما قلنا وروى ابن سماعة وعيسى بن أبان وأبو سليمان عن محمد فيمن قال لرجل اذا مت فأعتق عبدى هذا ان شئت أو قال اذا مت فأمر عبدى هذا بيدك ثم مات فشاء الرجل عتقه فى المجلس أو بعد المجلس فله أن يعتقه لان هذا وصية بالاعتاق والوصايا لا يتقيد القبول فيها بالمجلس وكذا ان قال عبدى هذا حر بعد موتى ان شئت فشاء بعد موته فى المجلس أو بعد المجلس فقد وجبت الوصية لما ذكرنا ان الوصية لا يتقيد قبولها بالمجلس ولا يعتق العبد حتى يعتقه الورثة أو الوصى أو القاضى وهذا يؤيد قول الحاكم والجصاص لانه لا فرق بين المسئلتين سوى أن هنالك علق بمشيئة العبد وههنا علق بمشيئة الاجنبى وكذلك لو قال لعبده أنت حر ان شئت بعد موتى فمات المولى وقام العبد من مجلسه الذى علم فيه بموت المولى أو أخذ فى عمل آخر فان ذلك لا يبطل شيأ مما جعله اليه لما ذكرنا ان هذا وصية بالاعتاق وليس بتمليك والوصية لا يقف قبولها على المجلس وأما المضاف الى وقت فنحو أن يقول أنت مدبر غدا أو رأس شهر كذا فاذا جاء الوقت صار مدبرا لان التدبير اثبات حق الحرية فيحتمل الاضافة كاثبات حقيقة الحرية ولهذا احتمل التعليق بالشرط كذا الاضافة وقد روى بشر عن أبى يوسف فيمن قال لعبده أنت حر بعد موتى بشهر فليس بمدبر ولا يعتق الا أن يعتق وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال القياس أن يكون باطلا ألا ترى أنه لو جنى قبل الشهر دفع بالجناية ولو لحقه دين بيع فيه ووجه القياس ماذكرنا انه لما علق العتق بمضى شهر بعد الموت فكما مات انتقل الملك فيه الى الورثة ولم يبق الا مضى الزمان وهو الشهر فلا يحتمل ثبوت العتق به فيبطل الا أنهم استحسنوا فجعلوه وصية بالاعتاق لان تصرف العاقل يحمل على الصحة ما أمكن وأمكن حمله على الوصية بالاعتاق بعد مضى شهر بعد الموت فيحمل عليها ولو قال أنت حر قبل موتى بشهر فليس بمدبر لانه ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى زمان موصوف بأنه قبل موته بشهر من وقت التكلم وهذا أيضا يحتمل الوجود والعدم لجواز أن يموت قبل تمام الشهر من وقت الكلام فلا يكون مدبرا للحال واذا مضى شهر قبل موت المولى وهو فى ملكه ذكر الكرخى فى مختصره أنه مدبر فى قول أبى حنيفة وزفر وعند أبى يوسف ومحمد ليس بمدبر وعلل القدورى لابى حنيفة انه لما مضى شهر صار كانه قال عند مضى الشهر أنت حر بعد موتى وذكر فى الجامع أنه لا يكون مدبرا ويجوز بيعه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح أما على قول أبى حنيفة فلان المدبر اسم لمن علق عتقه بمطلق موت المولى وههنا ما أضاف العتق الى الموت أصلا بل أضافه الى أول الشهر وكذا حكمه عند أبى حنيفة يثبت من أول الشهر بطريق الظهور أو يستند اليه والثابت بالتدبير يقتصر على حالة الموت ولا يستند وبهذا تبين ان ماذكره القدورى من التعليل لابى حنيفة غير سديد وأما على قولهما فقد ذكر فى النوادر ان عندهما يصير مدبرا مطلقا ووجهه انه لما مضى الشهر ظهر ان عتقه تعلق بمطلق موت المولى فصار كانه قال عند مضيه أنت حر بعد موتى فصار مدبرا مطلقا وأما على ظاهر الرواية عنهما فلا يصير مدبرا لانه ما علق عتقه بالموت بل بشهر متصل بالموت فيصير كانه قال أنت حر قبل موتى بساعة ولو قال يوم أموت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت فان نوى به النهار دون الليل لم يكن مدبرا لانه نوى حقيقة كلامه اذ اليوم اسم لبياض النهار لغة ويجوز أن يموت بالليل لا بالنهار فلا يكون هذا مدبرا مطلقا وان عنى به الوقت المبهم فهو مدبر لان اليوم يذكر ويراد به الوقت المطلق قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره ومن ولى بالليل لحقه الوعيد المذكور وروى الحسن عن أبى حنيفة فيمن قال ان مت الى سنة أو الى عشر سنين فأنت حر فليس بمدبر لانه علق عتقه بموت بصفة تحتمل الوجود والعدم فان قال ان مت الى مائة سنة ومثله لا يعيش الى ذلك الوقت فى الغالب فهو مدبر لان موته فى تلك المدة كائن لا محالة وروى هشام عن محمد فيمن قال أنت مدبر بعد موتى فهو مدبر الساعة لانه أضاف التدبير الى ما بعد الموت والتدبير بعد الموت لا يتصور فيلغو قوله بعد موتى فيبقى قوله أنت مدبر أو يجعل قوله أنت مدبر أى أنت حر فيصير كانه قال أنت حر بعد موتى ولو قال أنت حر بعد موتى على ألف درهم فالقبول بعد الموت كذا ذكر فى الجامع الصغير وهذا جواب ظاهر

الرواية وروى عن أبي يوسف ان القبول في هذا على حالة الحياة لا بعد الموت فاذا قبل في المجلس صح التدبير وصار مدبرا ولا يلزمه المال واذا مات عتق ولا شيء عليه (وجه) قوله ان هذا ايجاب العتق في الحال بعوض الا أن العتق يتأخر الى ما بعد الموت فكان القبول في المجلس كما اذا قال له ان شئت فأنت حر رأس الشهر تعتبر المشيئة في المجلس لثبوت الحرية رأس الشهر كذا ههنا فاذا قبل في المجلس صح التدبير ولا يلزمه المال لان المدبر مملوك للمولى مطلقا فلا يجب عليه للمولى دين واذا مات عتق لوجود شرط العتق وهو الموت ولا يلزمه المال لانه لم يلزمه وقت القبول فلا يلزمه وقت العتق وجه ظاهر الرواية انه أضاف الايجاب الى ما بعد الموت فيكون القبول بعد الموت اذ القبول بعد الايجاب يكون ولان الاعتاق بعد الموت وصية بدليل اعتباره من الثلث وقبول الوصايا بعد الموت واذا كان القبول بعد الموت لا يعتبر قبوله في حال الحياة وانما يعتبر بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فهل يعتق بعد الموت بنفس القبول أو لا يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي لم يذكر هذا في الجامع الصغير ولو قال أنت مدبر على ألف فقبل فهو مدبر والمال ساقط كذا ذكر الكرخي لانه علق التدبير بشرط وهو قبول المال فاذا قبل صار مدبرا والمدبر على ملك المولى فلا يجوز أن يلزمه دين لمولاه فسقط وروى بشر عن أبي يوسف في نوادره فيمن قال لعبده أنت مدبر على ألف قال أبو حنيفة ليس له القبول الساعة وله أن يبيعه قبل أو لم يقبل فان مات وهو في ملكه فقال قد قبلت أدى الالف وعتق وهو رواية عمرو عن محمد وقال أبو يوسف ان لم يقبل حتى مات ليس له أن يقبل وظاهر قوله أدى الالف وعتق يقتضي ثبوت العتق من غير اعتاق الوارث أو الوصي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اذا قال اذا مت فأنت حر على ألف درهم فانه يحتاج الى القبول بعد الموت فاذا قبل بعد الموت فلا يعتق بالقبول حتى تعتقه الورثة أو الوصي لان العتق قد تأخر وقوعه عن الموت وكل عتق تأخر وقوعه عن الموت لا يثبت الا بايقاع من الوارث أو الوصي لانه يكون وصية بالاعتاق فلا يثبت ما لم يوجد الاعتاق كما لو قال أنت حر بعد موتي بيوم أو بشهر انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث أو الوصي بعد مضي اليوم أو الشهر لما قلنا كذا ههنا ثم في الوصية بالاعتاق يملك الوارث الاعتاق تنجيزا لا تعليقا حتى لو قال له ان دخلت الدار فأنت حر فدخل يعتق كما لو نجز العتق والوصي يملك التنجيز لا التعليق حتى لو علق بالدخول فدخل لا يعتق ولان الوارث يتصرف بحكم الخلافة عن الميت ويقوم مقامه كأنه هو والوصي يتصرف بالامر فلا يتعدى تصرفه موضع الامر كالوكيل والوكيل بالاعتاق لا يملك التعليق ولو أعتقه الوصي أو الوارث عن كفارة لزمته لا يسقط عنه لانه يقع عن الميت والولاء عن الميت لا عن الوارث لان الاعتاق منه من حيث المعنى ولو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتي فالقبول في هذا في الحياة بلا خلاف لانه جعل القبول في الحال شرطا لثبوت العتق بعد الموت فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما قلنا فاذا مات عتق ولا شيء عليه وهذا حجة أبي يوسف في المسائل المتقدمة والله عز وجل الموفق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتي وفي ملكه مماليك صار مدبرا وما يستفيده يعتق من الثلث بغير تدبير وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يدخل في هذا الكلام ما يستفيده (وجه) قوله ان المملوك للحال مراد من هذا الايجاب فلا يكون ما يستفيده مرادا لان الحال مع الاستقبال معنيان مختلفان واللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين ولهذا لم يدخل المستفاد في هذا في الاعتاق البات كذا في التدبير ولهما ان التدبير في معنى اليمين ومعنى الوصية أما معنى اليمين فظاهر لانه تعليق العتق بالشرط فاليمين ان كان لا يصلح الا في الملك القائم أو مضافا الى الملك أو سببه فالوصية تتعلق بما في ملك الموصي وبما يستحدث الملك فيه فان من أوصى بثلث ماله يدخل فيه المملوك للحال وما يستفيده الى وقت الموت وقوله اللفظ الواحد لا يشتمل على معنيين مختلفين قلنا قد يشتمل كالكتابة والاعتاق على مال فانهما يشتملان على معنى اليمين والمعاوضة كذا هذا والله عز وجل أعلم

## ﴿ فصل ﴾

وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يعم نوعي التدبير أعني المطلق والمقيد وبعضها يخص أحدهما وهو المطلق أما الذي يعم النوعين فما ذكرنا في كتاب العتاق فلا يصح التدبير الا بعد صدور ركنه مطلقا عن الاستثناء

من أهله مضافا الى محله ولا يصح الا فى الملك سواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت أو مضافا الى الملك أو سبب الملك نحو ان يقول لعبد لا يملكه ان ملكتك فأنت مدبر أو ان اشتريتك فأنت مدبر لانه التزم اثبات حقيقة الحرية بعد الموت واثبات حق الحرية فى الحال ولا يثبت ذلك الا بعد وجود الملك فى الحال لانه اذا كان موجودا للحال فالظاهر دوامه الى وقت وجود الشرط والوقت واذا لم يكن موجودا فالظاهر عدمه فلا يثبت حق الحرية عند وجود الشرط والوقت ولا عند الموت فلا يحصل ما هو الغرض من التدبير أيضا على ما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى ومنها أن يكون التعليق بموت المولى حتى لو علق بموت غيره بأن قال ان مات فلان فأنت حر لا يصير مدبرا أصلا وأما الذى يخص أحدهما فضربان أحدهما أن يكون التعليق بمطلق موت المولى فان كان بموت موصوف بصفة لا يكون تدبيرا مطلقا بل يكون مقيدا والثانى ان يكون التعليق بموته وحده حتى لو علق بموته وشرط آخر لا يكون ذلك تدبيرا مطلقا وقد ذكرنا المسائل المتعلقة بهذين الشرطين فيما تقدم

﴿ فصل ﴾ وأما صفة التدبير فالتدبير متجزئ فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يتجزأ لانه باعتبار الحال اثبات حق الحرية فيعتبر باثبات حقيقة الحرية واثبات حقيقة الحرية يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا اثبات حق الحرية باعتبار المآل وهو اثبات حقيقة الحرية فكان اعتاقا فكان الخلاف فيه لازما وعلى هذا يخرج عبد بين اثنين دبره أحدهما ان على قول أبى حنيفة صار نصيبه خاصة مدبرا ونصيب شريكه على ملكه لكون التدبير متجزئا عنده فيقتصر على نصيبه ثم ان كان المدبر موسرا فالشريك ست خيارات ان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وان شاء ضمن وان شاء استسعى العبد وان شاء تركه على حاله أما خيار الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء فلان نصيبه بقى على ملكه فى حق التخريج الى العتاق وأما خيار التضمين فلانه بالتدبير أخرجه من أن يكون محلا للتملك مطلقا بالبيع والهبة والرهن ونحو ذلك فقد أتلفه عليه فى حق هذه التصرفات فكان له ولاية التضمين وأما خيار الترك على حاله فلان الحرية لم تثبت فى جزء منه لجازا بقاؤه على الرق وانه مفيد لان له أن ينتفع به منفعة الكسب والخدمة فلا يكلف بالتخريج الى الحرية ما لم يمت المدبر فان اختار الاعتاق فأعتق فللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمته مدبرا لانه أتلف عليه نصيبه وهو مدبر فيضمن قيمته مدبرا والولاء بينهما لان الاعتاق منهما لان نصيب المدبر لا يحتمل الانتقال الى المعتق لان التدبير يمنع من ذلك وللمعتق أن يرجع على العبد بما ضمن لان منفعة الاعتاق حصلت له وان شاء المدبر أعتق نصيبه وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له الترك على حاله لانه معتق البعض فيجب تخريجه الى العتاق هذا اذا كان المعتق موسرا فان كان معسرا فللمدبر ثلاث خيارات ان شاء أعتق وان شاء استسعى وان شاء كاتب وان شاء اختار التدبير فدبر نصيبه حتى صار العبد مدبرا بينهما وساوى شريكه فى التصرف ثم مات أحدهما عتق نصيب الميت بالتدبير ويكون من الثلث لان التدبير وصية ويسعى فى نصف قيمته للباقى ان شاء لانه صار معتق البعض وان شاء أعتق وان شاء كاتب وليس له الترك على حاله لما قلنا فان مات الشريك الآخر قبل أخذ السعاية عتق نصيبه من الثلث أيضا لما قلنا وبطلت السعاية لان العتق حصل بموت المولى والمدبر اذا أعتق بموت مولاه وقيمته تخرج من الثلث لا يجب عليه السعاية وقيل ان هذا على قياس قول أبى حنيفة فاما على قياس قولهما فلا يبطل لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ فقد عتق كله بموت الاول فوجبت السعاية عليه وهو حر فكان ذلك بمنزلة دين وجبت على الحر فلا تسقط بالموت وأما على قول أبى حنيفه فلا يعتق نصيب الشريك ما لم يؤد السعاية اذا اختار السعاية لان الاعتاق متجزئ عنده فاذا مات الشريك فهذا مدبر مات مولاه وقيمته تخرج من الثلث فيعتق من غير سعاية وان اختار الكتابة وكاتبه صحت الكتابة لان نصيبه على ملكه فان أدى فعتق مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء وهو يخرج من الثلث عتق وبطلت عنه السعاية وان كان لا يخرج من الثلث بان لم يكن له مال غيره ففيه خلاف بين أصحابنا الثلاثة نذكره فيما بعد ان شاء الله

تعالى

تعالى وان اختار تضمين المدبر فضمنه فقد صار العبد كله للمدبر لانتقال نصيب شريكه اليه بالضمان والولاء كله للمدبر لان كله عتق على ملكه وللمدبر أن يرجع بما ضمن على العبد فيستسعيه لان الشريك كان له أن يستسعيه فلما ضمن المدبر قام مقامه فيما كان له فان مات المدبر عتق نصفه من ثلث المال لان نصفه قد صار مدبرا فيعتق بموته لكن من ثلث المال لما قلنا ويسعى في النصف الآخر كاملا للورثة لان ذلك النصف كان قنا وان شاؤا اعتقوا ذلك النصف وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا تركوه على حاله وان اختار الاستسعاء سعى العبد في نصف قيمته فاذا أدى يعتق ذلك النصف ولا يضمن الشريك للمدبر شيأ لان العتق حصل بسبب لا صنع له فيه فلم يوجد منه سبب وجوب الضمان وللمدبر أن يرجع على العبد فيستسعيه لان العبد صار كمعتق البعض فاذا أدى يعتق كله والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه فان مات المدبر قبل أن يأخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ذلك النصف من ثلث ماله لما بينا وان اختار ترك نصيبه على حاله فمات يكون نصيبه موروثا عنه فينتقل الخيار الى الورثة في الاعتاق والتدبير والكتابة والاستسعاء والترك على حاله لان نصيبه انتقل اليهم وقد كان له هذه الخيارات وان مات المدبر عتق ذلك النصف من الثلث ولغير المدبر أن يستسعى العبد في نصف قيمته ان شاء وان شاء أعتق وان شاء دبر وان شاء كاتب وليس له خيار الترك لانه صار معتق البعض فيجب تخريجه الى العتق لا محالة والولاء بينهما لان نصيب كل واحد منهما عتق على ملكه هذا اذا كان المدبر موسرا فان كان معسرا فللشريك الخيارات التي ذكرنا الا اختيار التضمين وأما على قولهما اذا دبر نصيبه فقد صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ عندهما ويضمن المدبر لشريكه نصف قيمته موسرا كان أو معسرا فقد فرقا بين التدبير وبين الاعتاق ان في الاعتاق لا يضمن اذا كان معسرا وانما يسعى العبد لان هذا ضمان اتلاف أو ضمان تملك أو ضمان حبس المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار في أصول الشرع الا ان السعاية في باب الاعتاق ثبتت بخلاف القياس بالنص ولان بالاعتاق قد زال العبد عن ملك المعتق وصار حرا فيسعى وهو حر وههنا الملك قائم بعد التدبير وكسب المدبر على ملك مولاه فلا يمكن القول بالاستسعاء هذا اذا دبره أحدهما أو دبراه على التعاقب فان دبراه معا ينظر ان قال كل واحد منهما قد دبرتك أو أنت مدبر او نصيبي منك مدبر أو قال اذا مت فانت حر أو أنت حر بعد موتي وخرج الكلامان معا صار مدبرا لهما بلا خلاف لان تدبير كل واحد منهما صادف ملك نفسه فصار العبد مدبرا بينهما فاذا مات أحدهما عتق نصيبه من الثلث والآخر بالخيار ان شاء اعتق وان شاء كاتب وان شاء استسعى وليس له أن يتركه على حاله لانه صار معتق البعض فاذا مات الباقي منهما قبل أخذ السعاية بطلت السعاية وعتق ان كان يخرج من الثلث لما ذكرنا وان قالا جميعا اذا متنا فانت حر أو أنت حر بعد موتنا وخرج كلامهما معا لا يصير مدبرا لان كل واحد منهما علق عتقه بموته وموت صاحبه فصار كان كل واحد منهما قال ان مت أنا وفلان فانت حر أو انت حر ان مت أنا وفلان الا اذا مات أحدهما فيصير نصيب الباقي منهما مدبرا لصيرورة عتقه معلقا بموت المولى مطلقا وصار نصيب الميت ميراثا لورثته ولهم الخيارات ان شاؤا اعتقوا وان شاؤا دبروا وان شاؤا كاتبوا وان شاؤا استسعوا وان شاؤا ضمنوا الشريك ان كان موسرا واذا مات الآخر عتق نصيبه من الثلث هذا اذا دبره أحدهما أو كلاهما فان دبر أحدهما أو اعتقه الآخر فهذا في الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما ان خرج الكلامان على التعاقب واما ان خرجا معا فان خرجا على التعاقب فاما ان علم السابق منهما واما ان لم يعلم فان علم فان كان الاعتاق سابقا بان أعتقه أحدهما أولا ثم دبره الآخر فاما على قول أبي يوسف ومحمد فكما أعتقه أحدهما فقد عتق كله لان الاعتاق عندهما لا يتجزأ وتدبير الشريك باطل لانه صادف الحر والولاء كله للمعتق لان كله عتق باعتاقه وعليه الضمان ان كان موسرا وعلى العبد السعاية ان كان معسرا لما ذكرنا في كتاب العتاق فصار كعبد بين اثنين اعتقه أحدهما وسكت الآخر وقد ذكرنا فيما تقدم وأما على قول أبي حنيفة اذا أعتقه أحدهما فلم يعتق الا نصيبه لتجزي الاعتاق عنده فلما دبره الآخر فقد صح تدبيره لانه دبر ملك نفسه فصح وصار ميراثا للمعتق عن

الضمان لانه قد ثبت له باعتاق الشريك خيارات منها التضمين ومنها التدبير فاذا دبره فقد استوفى حقه فبرئ المعتق عن الضمان ولانه انما يثبت له ولاية التضمين بشرط نقل نصيبه الى المعتق بالضمان وقد خرج الجواب عن احتمال النقل بالتدبير فسقط الضمان والمدبر بالخيار ان شاء اعتق نصيبه الذى صار مدبرا وان شاء كاتبه وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه قد عتق بعضه فوجب تخريجه الى العتق بالطرق التى بينا واذا مات المدبر عتق نصيبه الذى صار مدبرا من الثلث والولاء بينهما لان كله عتق باعتاقهما النصف بالاعتاق البات والنصف بالتدبير فعتق نصيب كل واحد منهما على ملكه وان كان التدبير سابقا بان دبره أحدهما أولا ثم اعتق الآخر فعلى قولهما كما دبره أحدهما صار كله مدبرا له لان التدبير عندهما لا يتجزأ كالاعتاق البات ويضمن المدبر نصيب شريكه قنا سواء كان موسرا أو معسرا لما بينا وأما على قول أبى حنيفة فلم يصر كله مدبرا بل نصيبه خاصة لتجزى التدبير عنده فصح اعتاق الشريك فعتق نصفه وللمدبر أن يرجع على المعتق بنصف قيمة العبد مدبرا ان كان المعتق موسرا لما ذكرنا فيما تقدم وان شاء اعتق نصيبه الذى هو مدبر وان شاء استسعى العبد وليس له أن يتركه على حاله لانه معتق البعض وان خرج الكلامان معا لا يرجع أحدهما على صاحبه بضمان لان الضمان انما يجب باتلاف مال الغير فاذا خرج الكلامان معا كان كل واحد منهما متصرفا فى ملك نفسه لا متلفا ملك غيره فلا يجب عليه الضمان ومنهم من قال هذا على قياس قول أبى حنيفة لان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما يتجزأ عنده فصح التدبير فى النصف والاعتاق فى النصف فاما على قياس قولهما ينفذ الاعتاق ويبطل التدبير لان الاعتاق والتدبير لا يتجزآن والاعتاق أقوى فيدفع الادنى وان كان أحدهما سابقا لكن لا نعلم السابق منهما من اللاحق ذكر فى الاصل ان المعتق يضمن ربع قيمة العبد المدبر ويستسعى العبد له فى الربع الآخر وهذا استحسان ولم يذكر الخلاف ومنهم من قال هذا قول أبى حنيفة فاما عندهما فالجواب فيه وفيما اذا خرج الكلامان معا سواء وجه قولهما ان كل أمرين حادثين لا يعلم تاريخهما يحكم بوقوعهما معا فى أصول الشرع كالغرقى والحرقى والهدمى ولهذا قال بعض أهل الاصول فى النص العام والخاص اذا تعارضا وجهل التاريخ انه يجعل كانهما وردا معا ويبنى العام على الخاص على طريق البيان ويكون المراد من النص العام ما وراء القدر المخصوص وجه قياس قول أبى حنيفة انه وقع الشك فى وجوب الضمان على المعتق لوقوع الشك فى سبب وجوبه لان التدبير ان كان لاحقا كان المدبر بالتدبير جبريا للمعتق من الضمان لما مر وان كان سابقا يجب الضمان على المعتق فوقع الشك فى الوجوب والوجوب لم يكن ثابتا فلا يثبت مع الشك وجه الاستحسان له اعتبار الاحوال وهو ان الاعتاق اذا كان متقدما على التدبير فقد أبرأ المدبر المعتق عن الضمان وان كان متأخرا فالمعتق ضامن وقد سقط ضمان التدبير بالاعتاق بعده فلا ضمان على المدبر فى الحالين جميعا والمعتق يضمن فى حال ولا يضمن فى حال والمضمون هو النصف فيتنصف فيعتق ربع القيمة ويسعى العبد للمدبر فى الربع الآخر لانه لما تعذر التضمين فيه ووجب تخريجه الى العتاق أخرج بالسعاية كما لو كان المعتق موسرا والله عز وجل أعلم مدبرة بين رجلين جاءت بولد ولم يدع أحدهم فهو مدبر بينهما كامه لان ولد المدبرة مدبر لما نذكر فى بيان حكم التدبير ان شاء الله تعالى فان ادعاه أحدهما فالقياس ان لا يثبت نسبه منه وهو قول زفر واليه مال الطحاوى من أصحابنا وفى الاستحسان يثبت وجه القياس انهما لما دبراه فقد ثبت حق الولاء لهما جميعا لانه ولد مدبرتهما جميعا وفى اثبات النسب من المدعى ابطال هذا الحق عليه والولاء لا يلحقه الفسخ وجه الاستحسان ان النسب قد ثبت فى نصيب المدعى لوجود سبب الثبوت وهو الوطء فى الملك واذا ثبت فى نصيبه يثبت فى نصيب شريكه لان النسب لا يتجزأ وأما قوله حق الولاء لا يحتمل الفسخ فنقول نحن يثبت النسب ولا يسقط حق الولاء لانه لا تنافى بينهما فيثبت النسب من الشريك المدعى ويبقى نصف الولاء للشريك الآخر وصار نصف الجارية أم ولد له ونصفها مدبرة على حالها للشريك فان قيل الاستيلاد لا يتجزأ وهذا قول بالتجزئة فالجواب ما ذكرنا فى كتاب العتاق انه متجز فى نفسه

عند أبي حنيفة كالاعتاق الا انه يتكامل في بعض المواضع لوجود سبب التكامل على انا نقول الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل نقل الملك فيه فاما ما لا يحتمل فهو متجز وههنا لا يحتمل لما ذكر و يغرم المدعى نصف العقر لشريكه ونصف قيمة الولد مدبرا ولا يضمن نصف قيمة الام أما وجوب نصف العقر فلانه أقر بالوطء في ملك الغير لاقراره بوطء مدبرة مشتركة بينهما وانه حرام الا ان الحد لا يجب للشبهة لان نصف الجارية ملكه فيجب العقر و يغرم نصف قيمة الولد مدبرا لانه بالدعوة أتلف على شريكه ملكه الثابت ظاهرا لانه حصل في محل هو ملكهما فاذا ادعاه فقد أتلف على شريكه ملكه الثابت من حيث الظاهر باخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة الكسب والخدمة فيضمن نصف قيمته مدبرا لانه أتلف على شريكه نصف المدبر ولا يغرم نصف قيمة الجارية لان نصيب الشريك قد بقي على ملكه ولم تصر الجارية كلها أم ولد له لان استيلاد نصيب شريكه يعتمد تملك نصيبه ونصيبه لا يحتمل التملك لكونه مدبرا بخلاف الامة القنة بين رجلين جاءت بولد فادعاه أحدهما انه يثبت النسب و يغرم نصف عقر الجارية لشريكه وتصير الجارية كلها أم ولد له ولا يغرم من قيمة الولد شيأ لان هناك نصيب الشريك محتمل النقل فامكن القول بتملك نصيبه ببدل ضرورة صحة الاستيلاد والتملك يستند الى وقت العلوق فتبين ان الولد حدث على ملكه فلا يكون مضمونا عليه وههنا نصيب الشريك لا يحتمل النقل فيقتصر الاستيلاد على نصيب المدعى و ينفرد الولد بالضمان لانفراده بسبب وجوب الضمان فان مات المدعى أولا عتق نصيبه بغير شيء لان نصيبه ام ولد له فلا تسعى في نصيبه ولا يضمن للشريك الساكت شيأ لحصول العتق من غير صنعه وهو الموت و يسعى في نصيب الآخر في قولهم جميعا لان نصيبه مدبر فان مات الآخر قبل ان يأخذ السعاية عتق كله ان خرجت من ثلث ماله و بطلت السعاية عنها في قياس قول أبي حنيفة وعلى قياس قولهما لا تبطل بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما لا يتجزأ وقد ذكرنا وجه البناء فيما تقدم وان مات الذي لم يدع أولا عتق نصيبه من الثلث لان نصيبه مدبر له ولا يسعى في نصيب الآخر في قول أبي حنيفة لان نصيبه أم ولد له ورق أم الولد ليس بمتقوم عنده وفي قولهما يسعى لان رقه متقوم فان لم يمت واحد منهما حتى ولدت ولدا آخر فادعاه فهو ضامن لنصف العقر لانه أقر بوطء مدبرة مشتركة بينهما وأيهما مات يعتق كل الجارية لان نصيب كل واحد منهما أم ولد وأم الولد اذا أعتق بعضها عتق كلها ولا سعاية عليها وان جاءت بولد وادعياه جميعا معا ثبت نسبه منهما جميعا وصارت الجارية أم ولد لهما جميعا و يبطل التدبير الى خلف هو خير وهو الاستيلاد لان عتق الاستيلاد ينفذ من جميع المال فكان خيرا له من التدبير وحكم الضمان في القن ما هو الحكم في الجارية القنة وسنذكر في كتاب الاستيلاد ان شاء الله تعالى ولو دبر عبده ثم كاتبه جازت الكتابة لما ذكرنا فان أدى الكتابة قبل موت المولى عتق لوجود شرط العتق بسبب الكتابة وهو أداء بدل الكتابة وان لم يؤد حتى مات المولى عتق أيضا ان كان يخرج كله من ثلث مال المولى لوجود شرط العتق بسبب التدبير وهو موت المولى وخروج المدبر من ثلث ماله ولا سعاية عليه لان عتق المدبر وصية والوصية في الثلث نافذة فاذا خرج كله من الثلث عتق كله من غير سعاية وان لم يكن له مال آخر سواه فله الخيار ان شاء استسعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية في ثلثي قيمته يسعى حالا وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى في الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثي القيمة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة والخلاف في هذه المسئلة يقع في فصلين أحدهما في الخيار والثاني في المقدار والخلاف في الخيار بين أبي حنيفة وصاحبيه وفي المقدار بين أبي حنيفة وأبي يوسف و بين محمد أما فصل الخيار فالخلاف فيه مبني على ان العتق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ ووجه البناء على هذا الاصل ان العتق لما كان متجزئا عنده لم يعتق بموت المولى الا ثلث العبد و بقي الثلثان منه رقيقا وقد توجه الى الثلثين العتق من جهتين احداهما الكتابة باداء بدل مؤجل والثانية التدبير بسعاية ثلثي القيمة معجلا فيخير ان شاء مال الى هذا وان شاء مال الى ذاك ولما لم يكن العتق متجزئا عندهما فاذا عتق

ثلثه بالموت فقد عتق كله و بطل التأجيل فى بدل الكتابة فصار المالان جميعا حالا وعليه أخذ المالين اما الكتابة واما السعاية وأحدهما أقل والآخر أكثر فلا فائدة فى التخيير لانه يختار الاقل لامحالة ولان الواجب عليه اذا كان أحد المالين وأحدهما أكثر من الآخر أو أقل كان الاقل متيقنا به فيلزمه ذلك وأما فصل المقدار فوجه قول محمد ان بدل الكتابة كله قوبل بكل الرقبة لان العقد قد انعقد عليه حيث قال كاتبتك على كذا وقد عتق ثلث الرقبة فيسقط عنه ما كان بمقابلته وهو ثلث البدل فيبقى الثلثان ولان ثلث مال المولى لو كان مثل كل قيمة العبد لسقط عنه كل بدل الكتابة فاذا كان مثل ثلث قيمته يجب ان يسقط ثلث بدل الكتابة فيبقى الثلثان فيسعى فى الاقل من ثلثي الكتابة ومن ثلثي القيمة لما قلنا ولهما ان العبد كان استحق ثلث رقبته بالتدبير السابق قبل عقد الكتابة فانه يسلم له ذلك كائنا ما كان فاذا كاتبه بعد ذلك فالبدل لا يقابل القدر المستحق وهو الثلث وانما يقابل الثلثين فاذا قال كاتبتك على كذا فقد جعل المال بمقابلة مالا يصح المقابلة به وهو الثلث و بمقابلة ما يصح المقابلة به وهو الثلثان فينصرف كل البدل الى ما يصح المقابلة به وهو الثلثان كمن طلق امرأته الحرة تطليقتين ثم طلقها ثلاثا على ألف درهم لزمها كل الالف لما قلنا وكذا اذا جمع بين من يحل نكاحها و بين من لا يحل نكاحها فتزوجهما بالف درهم وجبت الالف كلها بمقابلة نكاح من يحل له نكاحها عند أبى حنيفة واذا كان الامر على ما وصفنا فالثلث وان عتق عند الموت لكن لا بدل بمقابلته وانما البدل كله بمقابلة الثلثين فلم يسقط من البدل شئ بخلاف ما اذا خرج العبد كله من الثلث لان هناك يسلم له جميع رقبته فلزم القول بالبراءة هذا اذا دبر عبده ثم كاتبه فان كاتبه ثم دبره ثم مات المولى فعلى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى ثلثي القيمة وان شاء سعى فى ثلثي الكتابة وعندهما يسعى فى الاقل من ثلثي القيمة ومن ثلثي الكتابة فقد اتفقوا على المقدار ههنا حيث قالوا مقدار بدل الكتابة ثلثان وانما كان كذلك لان هناك كاتبه والعبد لم يكن استحق شيأ من رقبته فكان جميع البدل بمقابلة جميع الرقبة وقد عتق عند الموت بسبب التدبير ثلثه فيسقط ما كان بازائه من البدل فبقى الثلثان بلا خلاف وانما اختلفوا فى الخيار فعند أبى حنيفة يخير بين الثلثين من بدل الكتابة مؤجلا و بين ثلثي القيمة معجلا وعندهما يجب عليه الاقل منهما بناء على تجزى الاعتاق وعدم تجزيه على ما بينا فى الفصل الاول والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم التدبير فنوعان نوع يرجع الى حياة المدبر ونوع يرجع الى ما بعد موته أما الذى يرجع الى حال حياة المدبر فهو ثبوت حق الحرية للمدبر اذا كان التدبير مطلقا وهذا عندنا وعند الشافعى لا حكم له فى حال حياة المدبر رأسا فلا يثبت حقيقة الحرية ولا حقها بل حكمه ثبوت حقيقة الحرية بعد الموت مقصورا عليه وعلى هذا ينبنى بيع المدبر المطلق انه لا يجوز عندنا وعنده جائز و يجوز بيع المدبر المقيد بالاجماع احتج الشافعى بما روى عن عطاء انه قال دبر رجل عبده فاحتاج فباعه رسول الله صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم وأدنى درجات فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الجواز ولان التدبير تعليق العتق بالشرط وانه لا يمنع جواز البيع كالتعليق بسائر الشروط من دخول الدار وكلام زيد وغير ذلك وكالتدبير المقيد ولان فيه معنى الوصية وذلك لا يمنع جواز البيع كما اذا أوصى بعتق عبده ثم باعه ولنا ما روى عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من ثلث المال وهذا نص فى الباب وعن أبى سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصارى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى يحمل على التحريم وروى عن عمر وعثمان وزيد بن ثابت وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر رضى الله عنهم مثل مذهبنا وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح ومسروق وسعيد بن المسيب والقاسم بن محمد وأبى جعفر محمد بن على ومحمد بن سيرين وعمر بن عبد العزيز والشعبى والحسن البصرى والزهرى وسعيد بن جبير وسالم بن عبد الله وطاوس ومجاهد وقتادة حتى قال أبو حنيفة لولا قول هؤلاء الاجلة لقلت بجواز بيع المدبر لما دل عليه من النظر ولان الاثبات حق

الحرية ضرورة الاجماع ودلالة غرض المدبر أما ضرورة الاجماع فهى ان الحرية تثبت بعد الموت بالاجماع والحرية لابد لها من سبب ولا سبب ههنا سوى الكلام السابق فلا يخلو اما أن يجعل سببا للحال واما أن يجعل سببا بعد الشرط ولا سبيل الى الثانى لانه ليس من أهل مباشرة السبب فتعين أن يكون سببا عند وجوده فكان الكلام السابق سببا فى الحال لثبوت الحرية بعد الموت ولسنا نعنى بثبوت حق الحرية للمدبر الا هذا وهذا يمنع جواز البيع لان البيع ابطال السببية اذ لا تثبت الحرية عند الموت بعد البيع وأما دلالة الغرض فهو ان غرض المدبر من التدبير أن تسلم الحرية للمدبر عند الموت اما تقربا الى الله عز وجل بالاعتاق لاعتاق رقبته من النار كما نطق به الحديث واما حقا لخدمته القديمة مع بقاء منافعه على ملكه فى حياته لحاجته اليها ولا طريق لتحصيل الغرضين الا بجعل التدبير سببا فى الحال لثبوت الحرية بعد الموت اذ لو ثبتت الحرية فى الحال لفات غرضه فى الانتفاع به ولو لم ينعقد شيأ رأسا لفات غرضه فى العتق لجواز أن يبيعه لشدة غضب أو غير ذلك فكان انعقاده سببا فى الحال وتأخر الحرية الى ما بعد الموت طريق احراز الغرضين فثبت ذلك بدلالة الحال فيتقيد الكلام به اذ الكلام يتقيد بدلالة الغرض فان قيل هذا مناقض لاصلكم لان التدبير تعليق العتق بالشرط ومن أصلكم ان التعليقات ليست اسبابا للحال وانما تصير أسبابا عند وجود شروطها وعلى هذا بنيتم تعليق الطلاق والعتاق بالملك وسببه وههنا جعلتم التدبير سببا لثبوت الحرية للحال وهذا مناقضة فى الاصل والتناقض فى الاصل دليل فساد الفرع فالجواب ان هذا أصلنا فيما يمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وفيما لم يرد المتكلم جعله سببا فى الحال وفى التعليق بسائر الشروط وأمكن اعتباره سببا عند وجود الشرط وههنا لا يمكن لما بينا وكذا فى التعليق بسائر الشروط أراد المتكلم كونه سببا عند الشرط وههنا اراد كونه سببا فى الحال لما قلنا فتعين سببا للحال لثبوت الحرية فى الثانى وأما حديث عطاء فيحتمل ان ذلك كان تدبيرا مقيدا او قوله باع حكاية فعل فلا عموم له ويحتمل أن يكون معنى قوله باع أى آجر اذ الاجارة تسمى بيعا بلغة أهل المدينة وهكذا روى محمد باسناده ان النبى صلى الله عليه وسلم باع خدمة مدبر ولم يبع رقبته ويحتمل أنه كان ذلك فى ابتداء الاسلام حين كان بيع الحر مشروعا على ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع رجلا بدينه يقال له سرق ثم صار منسوخا بانتساخ بيع الحر لثبوت حق الحرية فى المدبر الحاقا للحق بالحقيقة فى باب الحرمات وأما المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام سببا للحال لان الامر متردد بين ان يموت من ذلك المرض وفى ذلك السفر أو لا يموت فكان الشرط محتمل الوجود والعدم فلم يكن التعليق سببا للحال كالتعليق بسائر الشروط وكذا لما علق العتق بأمر يحتمل الوجود والعدم دل انه ليس غرضه من هذا الكلام التقرب الى الله عز وجل باعتاق هذا العبد ولا قضاء حق الخدمة القديمة اذ لو كان ذلك غرضه لعلقه بشرط كائن لا محالة وأما قوله ان فى التدبير معنى الوصية فنعم لكن هذه وصية لازمة لثبوتها فى ضمن أمر لازم وهو اليمين فلا يحتمل الفسخ ولهذا لا يحتمل الرجوع بخلاف الوصية بالاعتاق فان قيل هذا يشكل بالتدبير المقيد فانه يتضمن معنى الوصية اللازمة ومع هذا يجوز بيعه قيل معنى الوصية للحال متردد لتردد موته على تلك الصفة فلا يصير العبد موصى له قبل الموت بتلك الصفة وههنا بخلافه واذا ثبت حق الحرية للمدبر المطلق فى الحال فكل تصرف فيه يبطل هذا الحق لا يجوز وما لا يبطله يجوز وعلى هذا تخريج المسائل لا يجوز بيعه وهبته والتصدق به والوصية به لانه تصرف تمليك الرقبة فيبطل حق الحرية ولا يجوز رهنه لان الرهن والارتهان من باب ايفاء الدين واستيفائه عندنا فكان من باب تمليك العين وتملكها ويجوز اجارته لانها لا تبطل هذا الحق لانها تصرف فى المنفعة بالتمليك لا فى العين والمنافع على ملك المدبر وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه باع خدمة المدبر ولم يبع رقبته وبيع خدمة المدبر بيع منفعته وهو معنى الاجارة ويجوز الاستخدام وكذا الوطء والاستمتاع فى الامة لانها استيفاء المنافع ويجوز تزويجها لان التزويج تمليك المنافع وعن عبد الله بن عمر أنه كان يطأ مدبرته ولان الاستيلاد آكد من التدبير لانه يوجب الحرية من جميع المال والتدبير من الثلث

ثم الاستيلاد لا يمنع من الاجارة والاستخدام ولا يمنع من الاستمتاع والوطء والتزويج فى الامة فالتدبير أولى والاجرة والمهر والعقر والكسب والغلة للمولى لانها بدل المنافع والمنافع ملكه والارش له لانه بدل جزء فات على ملكه ولا يتعلق الدين برقبته لان رقبته لا تحتمل البيع لما بينا ويتعلق بكسبه ويسعى فى ديونه بالغة ما بلغت وجنايته على المولى وهو الاقل من قيمته ومن أرش الجناية ولا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وان كثرت الجنايات لما نذكر فى كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى ويجوز اعتاقه لانه ايصاله الى حقيقة الحرية معجلا ولان المنع من البيع ونحوه لما فيه من منعه من وصوله الى هذا المقصود فمن المحال أن يمنع من ايصاله اليه ولهذا جاز اعتاقه أم الولد كذا المدبر ويجوز مكاتبته لانه يريد تعجيل الحرية اليه والمولى يملك ذلك كما يملك مكاتبة أم الولد وولد المدبرة من غير سيدها بمنزلتها لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك فانه روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها وروى ان عثمان رضى الله عنه خوصم اليه فى أولاد مدبرة فقضى ان ما ولدته قبل التدبير عبد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد منهم فيكون اجماعا وهو قول شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد وسعيد بن جبير والحسن وقتادة رضى الله عنهم ولا يعرف فى السلف خلاف ذلك وانما قال به بعض أصحاب الشافعى فلا يعتد بقوله لمخالفته الاجماع ولان حق الحرية يسرى الى الولد كولد أم الولد وما ولدته قبل التدبير فهو من أقضية عثمان رضى الله عنه بحضرة الصحابة رضى الله عنهم ولان حق الحرية لم يكن ثابتا فى الام وقت الولادة حتى يسرى الى الولد ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولدها فقال المولى ولدتيه قبل التدبير فهو رقيق وقالت هى ولدته بعد التدبير فهو مدبر فالقول قول المولى مع يمينه على علمه والبينة بينة المدبرة لان المدبرة تدعى سراية التدبير الى الولد والمولى ينكر فكان القول قوله مع اليمين ويحلف على علمه لان الولادة ليست فعله والبينة بينة المدبرة لان فيها اثبات التدبير ولو كان مكان التدبير عتق فقال المولى للمعتقة ولدتيه قبل العتق وهو رقيق وقالت بل ولدته بعد العتق وهو حر يحكم فيه الحال ان كان الولد فى يدها فالقول قولها وان كان فى يد المولى فالقول قوله لانه اذا كان فى يدها كان الظاهر شاهدا لها واذا كان فى يده كان الظاهر شاهدا له بخلاف المدبرة لانها فى يد المولى فكذا اولادها فكان الظاهر شاهدا له على كل حال وكان القول قوله ولو قال لامة لا يملكها ان ملكتك فأنت مدبرة وان اشتريتك فأنت مدبرة فولدت ولدا ثم اشتراهما جميعا فالام مدبرة والولد رقيق لان الام انما صارت مدبرة بالشرط ولم يوجد الشرط فى حق الولد وانه منفصل فلا يسرى اليه تدبير الام والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع الى ما بعد موت المدبر فمنها عتق المدبر لان عتقه كان معلقا بموت المولى والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط ويستوى فيه المدبر المطلق والمقيد لان عتق كل واحد منهما معلق بالشرط الا أن الشرط فى المقيد الموت الموصوف بصفة فاذا وجد ذلك فقد وجد الشرط فينزل المعلق وسواء كان الموت حقيقة أو حكما بالردة بأن ارتد المولى عن الاسلام والعياذ بالله ولحق بدار الحرب لان الردة مع اللحاق بدار الحرب تجرى مجرى الموت فى زوال الاملاك وكذا المستأمن اذا اشترى عبدا فى دار الاسلام فدبره ولحق بدار الحرب فاسترق الحربى عتق مدبره لان الاسترقاق أوجب زوال ملكه عن أمواله حكما فكان بمنزلة الموت وكذا اولاد المدبرة الذى ليس من مولاها لانه تبعها فى حق الحرية فكذا فى حقيقة الحرية ويستوى فيه المطلق والمقيد لان معنى التبعية لا يوجب الفصل ومنها ان عتقه يحسب من ثلث مال المولى وهذا قول عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وهو قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين رضى الله عنهم وروى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ان عتقه من جميع المال وهو قول ابراهيم النخعى وحماد وجعلوه كأم الولد ولنا ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية والوصية تعتبر من ثلث المال كسائر الوصايا وسواء كان التدبير فى المرض أو فى الصحة لانه وصية فى الحالين وسواء كان التدبير مطلقا أو مقيدا لعموم الحديث الا أنه خص منه

المقيد فى حق البيع والهبة فيعمل بعمومه فى حق الاعتبار من الثلث ولان معنى الوصية توجد فى النوعين وانه يقتضى اعتباره من الثلث و يعتبر ثلث المال يوم موت المولى لان فى الوصايا هكذا يعتبر واذا كان اعتبار عتقه من ثلث المال فان كان كله يخرج من ثلث مال المولى بأن كان له مال آخر سواه يعتق كله ولا سعاية عليه وان لم يكن له مال آخر غيره عتق ثلثه و يسعى فى الثلثين للورثة هذا اذا لم يكن على المولى دين فان كان عليه دين يسعى فى جميع قيمته فى قضاء ديون المولى لان الدين مقدم على الوصية ومنها ان ولاء المدبر للمدبر لانه المعتق وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ولا ينتقل هذا الولاء عن المدبر وان عتق المدبر من جهة غيره كمدبرة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق عليه وغرم نصيب شريكه من الولد والولاء بينهما لان حق الحرية ثابت فى الحال عندنا وأنه يثبت حق الولاء وهو لا يحتمل الفسخ وكذا المدبر بين شريكين أعتقه أحدهما وهو موسر فضمن عتق بالضمان و لم يتغير الولاء عن الشركة فى قول أبى حنيفة لما ذكرنا فيما تقدم وعلى قول أبى يوسف ومحمد اذا أعتق أحدهما نصيبه عتق جميعه والولاء بينهما

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به التدبير فالتدبير يظهر بما يظهر به الاعتاق البات وهو الاقرار والبينة لانه اثبات حق الحرية فى الحال فيعتبر الحق بالحقيقة وهو اثبات حقيقة الحرية بعد الموت فيعتبر بالاثبات بالحال وذا يظهر بأحد هذين فكذا هذا اذا عرف هذا فنقول اذا ادعى المملوك التدبير وأنكر المولى فأقام البينة قبلت بينته بلا خلاف فان لم يدع وأنكر التدبير مع المولى لا يقبل البينة على التدبير من غير دعوى العبد فى قول أبى حنيفة وعندهما يقبل والحجج على نحو ما ذكرنا فى الاعتاق البات الا أن الشهادة على عتق الامة تقبل من غير دعواه بالاجماع والشهادة على تدبير الامة على الاختلاف لان تدبير الامة لا يوجب تحريم الفرج فلم تكن الشهادة قائمة على حق الله تعالى ولو شهدا أنه دبر أحد عبديه بغير عينه فى الصحة فالشهادة باطلة فى قول أبى حنيفة لان المدعى مجهول وعندهما يقبل ولو شهدا ان ذلك كان فى المرض يقبل عنده استحسانا والقياس أن لا يقبل وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فى كتاب العتاق ولو شهدا أنه قال هذا حر وهذا مدبر بعد موتى فقد صار مدبرا لم تجز شهادتهما فى قول أبى حنيفة لجهالة المدعى ولو شهدا أنه قال هذا حر بعد موتى لا بل هذا كانا جميعا مدبرين و يعتقان بعد موته من ثلثه لانه لما قال هذا حر بعد موتى فقد صار مدبرا فلما قال لا بل هذا فقد رجع عن الاول وتدارك بالثانى و رجوعه لا يصح وتداركه صحيح كما اذا قال لاحدى امرأتيه هذه طالق لا بل هذه ولو شهدا أنه قال هذا حر البتة لا بل هذا مدبر جازت الشهادة لهما لانه أعتق الاول ثم رجع وتدارك بالثانى فالرجوع لا يصح و يصح التدارك فصار الاول حرا والثانى مدبرا ولو شهد أحدهما أنه دبره وشهد الآخر أنه أعتقه البتة فالشهادة باطلة لان كل واحد منهما شهد بغير ما شهد به الآخر لفظا ومعنى أما اللفظ فلا شك فيه وأما المعنى فلان الاعتاق البات اثبات العتق بعد موت المولى وهما متغايران وليس على كل واحد منهما الا شاهد واحد وكذلك لو شهدا بالتدبير واختلفا فى شرطه لانهما شهدا على شيئين مختلفين كما فى الاعتاق البات والله عز وجل أعلم وهو الموفق

## ﴿ كتاب الاستيلاد ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى تفسير الاستيلاد لغة وعرفا وفى بيان شرطه وفى بيان صفته وفى بيان حكمه وفى بيان ما يظهر به أما تفسيره لغة فالاستيلاد فى اللغة هو طلب الولد كالاستيهاب والاستئناس انه طلب الهبة والانس وفى العرف هو تصيير الجارية أم ولد يقال فلان استولد جاريته اذا صيرها أم ولده وعلى هذا قلنا انه يستوى فى صيرورة الجارية أم ولد الولد الحى والميت لان الميت ولد بدليل انه يتعلق به أحكام الولادة حتى تنقضى به العدة وتصير المرأة به نفساء وكذا لو أسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه وأقر به فهو بمنزلة الولد الحى الكامل

الخلق فى تصيير الجارية أم ولد لان أحكام الولادة تتعلق بمثل هذا السقط وهو ماذكرنا وان لم يكن استبان شئ من خلقه فألقت مضغة أو علقة أو نطفة فادعاه المولى فانها لا تصير أم ولد كذا روى الحسن عن أبى حنيفة لانه مالم يستبن خلقه لا يسمى ولدا وصيرورة الجارية أم ولد بدون الولد محال ولانه يحتمل أن يكون ولدا ويحتمل أن يكون دما جامدا أو لحما فلا يثبت به الاستيلاد مع الشك وهذا الذى ذكرنا قول أصحابنا وللشافعى فيه قولان فى قول قال يصب عليه الماء الحار فان ذاب فهو دم وان لم يذب فهو ولد وفى قول فان يرجع فيه الى قول النساء والقولان فاسدان لماذكرنا فى كتاب الطلاق ولو أقر المولى فقال لجاريته حمل هذه الجارية منى صارت أم ولد له لان الاقرار بالحمل اقرار بالولد اذ الحمل عبارة عن الولد ٭ روى عن أبى يوسف أنه قال اذا قال حمل هذه الجارية منى أو قال هى حبلى منى أو قال ما فى بطنها من ولد فهو منى ثم قال بعد ذلك لم تكن حاملا وانما كان ريحا وصدقته الامة فانهما لا يصدقان وهى أم ولد لانه أقر بحملها والحمل عبارة عن الولد وذلك يثبت لها حرية الاستيلاد فاذا رجع لم يصح رجوعه ولا يلتفت الى تصديقها لان فى الحرية حق الله تعالى فلا يحتمل السقوط باسقاط العبد ولو قال ما فى بطنها منى ولم يقل من حمل أو ولد ثم قال بعد ذلك كان ريحا وصدقته لم تصر أم ولد لان قوله ما فى بطنها يحتمل الولد والريح فقد تصادقا على اللفظ المحتمل فلم يثبت الاستيلاد ولو قال المولى ان كانت هذه الجارية حبلى فهو منى فأسقطت سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه صارت أم ولد لما بينا فان ولدت ولدا لاقل من ستة أشهر صارت أم ولد له ولان الطريق الى ثبوت نسب الحمل منه هذا لان معنى قوله ان كانت حبلى فهو منى أى انى وطئتها فان حبلت من وطء فهو منى فاذا أتت بعد هذه المقالة بولد لاقل من ستة أشهر تيقنا انها كانت حاملا حينئذ فثبت النسب والاستيلاد فان أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة لزمه النسب لان الزوج اذا كان أقر بالحمل تقبل شهادة امرأة على الولادة على ماذكرنا فى كتاب الطلاق فان جاءت لستة أشهر فصاعدا لم يلزمه ولم تصر الجارية أم ولد لانا نعلم وجود هذا الحمل فى ذلك الوقت لجواز انها حملت بعد ذلك فلا يثبت النسب والاستيلاد بالشك

﴿ فصل ﴾ وأما سبب الاستيلاد وهو صيرورة الجارية أم ولد له فقد اختلف فيه قال أصحابنا سببه هو ثبوت نسب الولد وقال الشافعى سببه علوق الولد حرا على الاطلاق بعد اتفاقهم على أن حكم الاستيلاد فى الحال هو ثبوت حق الحرية وثبوت حقيقة الحرية بعد موت المولى والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم فى جاريته مارية القبطية لما ولدت ابراهيم ابن النبى عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها والمراد منه التسبيب أى ولدها سبب عتقها غير أنهم اختلفوا فى جهة التسبيب فقال أصحابنا هى ثبوت نسب الولد وقال الشافعى هى علوق الولد حرا مطلقا (وجه) قوله ان الولد حر بلا شك وانه جزء الام وحرية الجزء تقتضى حرية الكل اذ لا يحتمل أن يكون الكل رقيقا والجزء حرا كان ينبغى أن تعتق الام للحال الا أنه انما لا تعتق لان الولد انفصل منها وحريته على اعتبار الانفصال لا توجب حرية الام كما لو أعتق الجنين فقلنا بثبوت حق الحرية فى الحال وتأخر الحقيقة الى بعد الموت عملا بالشبهين ولنا ان الوطء المعلق أوجب الجزئية بين المولى والجارية بواسطة الولد لاختلاط الماءين وصيرورتهما شيأ واحدا وانخلاق الولد منه فكان الولد جزأ لهما وبعد الانفصال عنها ان لم يبق جزأ لها على الحقيقة فقد بقى حكما لثبوت النسب ولهذا تنسب كل الام اليه بواسطة الولد يقال أم ولده فلو بقيت حقيقة الجزء لثبتت حقيقة الحرية للحال فاذا بقيت حكما ثبت الحق على ما عليه وضع مأخذ الحجج فى ترتيب الاحكام على قدر قوتها وضعفها والى هذا المعنى أشار عمر رضى الله عنه فقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن تريدون بيعهن ثم اختلف أصحابنا فى كيفية هذا السبب فقال علماؤنا الثلاثة السبب هو ثبوت النسب شرعا وقال زفر هو ثبوت النسب مطلقا سواء ثبت شرعا أو حقيقة وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا تزوج جارية انسان فاستولدها ثم ملكها صارت أم ولد له عند أصحابنا لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب وقد ثبت فتحقق السبب الا أنه توقف الحكم على وجود الملك فتعذر اثبات حكمه

وهو حق الحرية فى غير الملك كما يتعذر اثبات الحقيقة فى غيره فتأخر الحكم الى وقت الملك وعند الشافعى لا تصير أم ولد له وهو قول ابراهيم النخعى لان السبب عنده علوق الولد حرا على الاطلاق ولم يوجد لان الولد رقيق فى حق مولاه واذا ملك ولده الذى استولده عتق عليه بالاجماع أما عندنا فلانه ملك ذا رحم محرم منه فيعتق وأما عنده فلانه ملك ولدا ثابت النسب منه شرعا وكذلك اذا ثبت النسب من غير المالك الجارية بوطء بشبهة ثم ملكها فقد صارت أم ولد له حين ملكها عندنا لوجود السبب وعنده لا لانعدام السبب ولو ملك الولد عتق لما قلنا ولو زنى بجارية فاستولدها بأن قال زنيت بها أو فجرت بها أو قال هو ابنى من زنا أو فجور وصدقته وصدقه مولاها فولدت ثم ملكها لم تصر أم ولد له عند أصحابنا الثلاثة وهو استحسان والقياس أن تصير أم ولد له وهو قول زفر بناء على أن السبب عنده ثبوت النسب مطلقا وقد ثبت النسب حقيقة بدليل انه لو تملك الولد عتق عليه بلا خلاف بين أصحابنا والسبب عند أصحابنا الثلاثة هو ثبوت نسب الولد شرعا ولم يثبت

﴿ فصل ﴾ وأما شرطه فما هو شرط ثبوت النسب شرعا وهو الفراش ولا فراش الا بملك اليمين أو شبهة أو تأويل الملك أو ملك النكاح أو شبهته ولا تصير الامة فراشا فى ملك اليمين بنفس الوطء بل بالوطء مع قرينة الدعوى عندنا وهى من مسائل كتاب الدعوى فلا يثبت الاستيلاد بدون الدعوة ويستوى فى الاستيلاد ملك القنة والمدبرة لاستوائهما فى اثبات النسب الا أن المدبرة اذا صارت أم ولد بطل التدبير لان أمية الولد أنفع لها ألا ترى ان أم الولد لا تسعى لغريم ولا لوارث والمدبرة تسعى ويستوى فى ثبات النسب ملك كل الجارية وبعضها وكذا فى الاستيلاد حتى لو أن جارية بين اثنين علقت فى ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه وصارت الجارية كلها أم ولد له بالضمان وهو نصف قيمة الجارية ويستوى فى هذا الضمان اليسار والاعسار ويغرم نصف العقر لشريكه ولا يضمن من قيمة الولد شيأ أما ثبوت النسب فلحصول الوطء فى محل له فيه ملك لان ذلك القدر من الملك أوجب ثبوت النسب بقدره والنسب لا يتجزأ واذا ثبت فى بعضه ثبت فى كله ضرورة عدم التجزى ولان النسب ثبت بشبهة الملك فلان يثبت بحقيقة الملك أولى وأما صيرورة الجارية كلها أم ولد له فالنصف قضية للتسبب لان نصف الجارية مملوك له والنصف الآخر اما باعتبار ان الاستيلاد لا يتجزأ فيما يمكن نقل الملك فيه فاذا ثبت فى البعض يثبت فى الكل لضرورة عدم التجزى واما باعتبار انه وجد سبب التكامل وهو النسب على كونه متجزئا فى نفسه لان سبب الاستيلاد هو ثبوت النسب والنسب لا يتجزأ والحكم على وفق العلة فثبت الاستيلاد فى نصيبه قضية للسبب ثم يتكامل فى الباقى بسبب النسب واما باعتبار سبب آخر أوجب التكامل على ما عرف فى الخلافيات ثم لا سبيل الى التكامل بدون ملك نصيب شريكه فيصير متملكا نصيب شريكه ضرورة صحة الاستيلاد فى ذلك النصيب ولا سبيل الى تملك مال الغير من غير بدل فيتملكه بالبدل وهو نصف قيمتها وانما استوى فى هذا الضمان حالة اليسار والاعسار لانه ضمان ملك كضمان المبيع وأما وجوب نصف العقر فلوجود الاقرار منه بوطء ملك الغير وانه حرام الا أن الحد لم يجب لمكان شبهة لحصول الوطء فى ملكه وملك شريكه فلا بد من وجوب العقر ولا يدخل العقر فى ضمان القيمة لان ضمان نصف القيمة ضمان الجزء وضمان البضع ضمان الجزء ولان منافع البضع لها حكم الاجزاء وضمان الجزء لا يدخل فى مثله وأما عدم وجوب نصف قيمة الولد فلانه تملك نصيب شريكه بالعلوق السابق فصار الولد جاريا على ملكه فلا يكون مضمونا عليه ولان الولد فى حال العلوق لا قيمة له فلا يقابل بالضمان ولانه كان بمنزلة الاوصاف فلا يفرد بالضمان ويستوى فى ثبوت النسب وصيرورة الجارية أم ولد ملك الذات وملك اليد كالمكاتب اذا استولد جارية من اكسابه على ما نذكر فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى ويستوى فى دعوة النسب حالة الصحة والمرض لان النسب من الحوائج الاصلية وكذلك اذا ادعاه أحدهما وأعتقه الآخر وخرج القول منهما معا فعتقه باطل ودعوة صاحبه أولى لان الدعوة استندت الى حالة متقدمة وهى

العلوق والعتق وقع فى الحال فصارت الدعوة أسبق من الاعتاق فكانت أولى وان ادعياه جميعاً فهو ابنهما والجارية
أم ولدهما تخدم لهذا يوما ولذاك يوما ولا يضمن واحد منهما من قيمة الام لصاحبه شيأ ويضمن كل واحد منهما
نصف العقر فيكون قصاصا أما ثبوت النسب منهما فمذهبنا وعند الشافعى يثبت من أحدهما ويتعين بقول القافة
وهى من مسائل كتاب الدعوى وأما صيرورة نصيب كل واحد منهما من الجارية أم ولد فلثبوت نسب ولدها منه
فصار كأنه انفرد بالدعوة وانما لا يضمن أحدهما للآخر شيأ من قيمة الام لان نصيب كل واحد منهما لم ينتقل الى
شريكه وانما ضمن كل واحد منهما لصاحبه نصف العقر لوجود سبب وجوب الضمان وهو الاقرار بالوطء فى ملك
الغير فيصير أحدهما قصاصا للآخر لعدم الفائدة فى الاستيفاء وكذلك لو كانت الجارية بين ثلاثة أو أربعة أو خمسة
فادعوه جميعا معا يثبت نسبه منهم وتصير الجارية أم ولدهم فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف لا يثبت النسب من
أكثر من اثنين وعند محمد من أكثر من ثلاثة ونذكر الحجج فى كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى وان كانت الانصباء
مختلفة بأن كان لاحدهم السدس وللآخر الربع وللآخر الثلث وللآخر ما بقى يثبت نسبه منهم ويصير نصيب كل
كل واحد منهم من الجارية أم ولد له لا يتعدى الى نصيب صاحبه حتى تكون الخدمة والكسب والغلة بينهم على قدر
أنصبائهم لان كل واحد منهم ثبت الاستيلاد منه فى نصيبه فلا يجوز أن يثبت فيه استيلاد غيره ولو كانت الامة بين
الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا معاً أو كانت بين حر وعبد فادعياه أو بين حر ومكاتب أو بين مكاتب وعبد أو
بين مسلم وذمى أو بين كتابى ومجوسى أو بين عبد مسلم أو مكاتب مسلم وبين حر كافر أو بين ذمى ومرتد فحكمه يذكر
فى كتاب الدعوى هذا اذا كان العلوق فى ملك المدعيين فان لم يكن بان اشترياها وهى حامل فجاءت بولد فادعاه أحدهما
أو كلاهما فهو من مسائل الدعوى نذكره هناك ان شاء الله تعالى وكذا اذا ولدت الجارية المشتركة بين اثنين ولدين
فادعى كل واحد منهما ولدا ولدتهما فى بطن أو بطنين والدعوتان خرجتا معاً أو على التعاقب وكذا اذا ولدت جارية
لانسان ثلاثة أولاد فادعى أحدهم وهم ولدوا فى بطن واحد أو فى بطون مختلفة وادعى المولى أحدهم بعينه أو بغير عينه
فحكم هذه الجملة فى كتاب الدعوى وكذا دعوة الاب نسب ولد جارية ابنه مع فروعها ودعوة اللقيط مع فصولها
نذكرها ثمة ان شاء الله تعالى أمة بين رجلين أقر أحدهما انها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك صاحبه قال أبو حنيفة يبطل
حق الشاهد فى رقبتها موسرا كان المشهود عليه أو معسرا وتخدم المشهود عليه يوما ويرفع عنها يوما فان مات المشهود عليه
عتقت لو رثته وكانت فى حال السعاية كالمكاتبة فان أدت عتقت وكان نصف ولائها للمشهود عليه والنصف لبيت
المال وهو قول أبى يوسف الآخر وقال محمد تسعى الساعة فى نصف قيمتها للمشهود عليه فاذا أدت فهى حرة
لا سبيل لاحد عليها وجه قوله ان المقر قد أفسد على شريكه ملكه باقراره لانه لما لم يصدقه الشريك انقلب اقراره على
نفسه فمن اشترى عبدا ثم أقر ان البائع كان قد أعتقه وانكر البائع انه ينقلب اقراره عليه ويجعل معتقا كذا ههنا واذا
انقلب اقراره على نفسه صار مقرا بالاستيلاد فى نصيبه ومتى ثبت فى نصيبه ثبت فى نصيب صاحبه لانه لم يتجزأ
فقد أفسد نصيب صاحبه لكن لا سبيل الى تضمينه لان شريكه قد كذبه فى اقراره فكان لشريكه السعاية كما لو
أعتق المقر نصيبه وهو معسر واذا سعت فى نصيبه وعتق نصيبه يعتق الكل لعدم تجزى العتق عنده ولهما ان المقر
بهذا الاقرار يدعى الضمان على المنكر بسبب تملك الجارية لان الاستيلاد لا يتجزأ فيما يحتمل النقل والملك ويجب
الضمان فيه على الشريك فى حالة اليسار والاعسار ودعوى الضمان توجب براءة الامة عن السعاية فبطل حقه فى
رقبتها وبقى حق المنكر فى نصيبه كما كان ولان المقر لا يخلو اما ان كان صادقا فى الاقرار واما ان كان فيه كاذبا فان
كان صادقا كانت الجارية كلها أم ولد لصاحبه فيسلم له كمال الاستخدام وان كان كاذبا كانت الجارية بينهما على
ما كانت قبل الاقرار فنصف الخدمة ثابتة للمنكر بيقين واعتبار هذا المعنى يوجب ان لا سعاية عليها أيضاً فاما المقر
فقد أسقط حق نفسه عن الخدمة لزعمه ان كل الخدمة لشريكه الا ان شريكه لما رد عليه بطلت خدمة اليوم وبيع

هذه الجارية متعذر لان الشاهد أقر انها أم ولد وحين ما أقر كان له ملك فيها فى الظاهر فينفذ اقراره فى حقه واذا مات المشهود عليه فانها تسعى فى نصف قيمتها لو رثته لان فى زعم الشاهد انها اعتقت بموت صاحبه لزعمه انها أم ولد صاحبه والامة المشتركة بين اثنين اذا أقر أحدهما على شريكه بالعتق كان له عليها السعاية وان كذبه صاحبه فى الاقرار كذلك ههنا ونصف الولاء للمشهود عليه لانها اعتقت على ملكه ووقف النصف الآخر لان المقر أقر انه للمشهود عليه والمشهود عليه رد عليه اقراره فلا يعرف لهذا النصف مستحق معلوم فيكون لبيت المال فان جاءت بولد فقال أحدهما هو ابن الشريك وأنكر الشريك فالجواب فى الام كذلك وأما الولد فيعتق و يسعى فى نصف قيمته للمشهود عليه لان الشريك المقر أقر بحرية الولد من جهة شريكه وأحد الشريكين اذا شهد على الآخر بالعتق وأنكر الآخر يسعى العبد للمشهود عليه وفى مسئلتنا لا يسعى للشاهد لانه أقر انه حر الاصل وانه لا سعاية عليه ونظير هذه المسئلة ماروى بشر عن أبى يوسف فى جارية بين شريكين ادعى أحدهما ان شريكه دبرها وأنكر الشريك فان أبا حنيفة قال الشاهد بالخيار ان شاء دبر بخدمته يوما والآخر يوما وان شاء أمسك ولم يدبر بخدمته يوما والآخر يوما وان شاء استسعاها فى نصف قيمتها فسعت له يوما وخدمت الآخر يوما فاذا ادت فعتقت سعت للآخر وكان قول أبى يوسف فى ذلك انها كام الولد ثم رجع وقال توقف كما قال أبو حنيفة الا فى تبعيض التدبير وقال محمد تسعى الساعة وجه قول محمد على نحو ما ذكرنا فى الاستيلاد وهو ان الشريك لما لم يصدقه فى اقراره انقلب عليه اقراره وثبت التدبير فى نصيبه وانه يتعدى الى نصيب المنكر لعدم تجزى التدبير عنده فقد أفسد نصيب المنكر وتعذر ايجاب الضمان عليه للمنكر لتكذيبه اياه فتسعى الجارية له كما لو أنشأ التدبير فى نصيبه ومن أصل أبى حنيفة ان التدبير يتجزأ فلا يصير نصيبه باقراره بالتدبير على صاحبه مدبرا كما لو دبر أحد الشريكين نصيبه انه يبقى نصيب الآخر على حاله وله التدبير والاستسعاء والترك على حاله الا أن ههنا لو اختار السعاية فانما يستسعاها يوما ويتركها يوما لانه لا يملك جميع منافعها فلا يملك ان يستسعى الا على مقدار حقه فاذا أدت عتق نصيبه و يسعى للمنكر فى نصيبه لانه فسد نصيبه وتعذر تضمين المقر فكان له ان يستسعى وأبو يوسف وافق أبا حنيفة الا انه يقول ان التدبير يتجزأ فهو بدعوى التدبير على شريكه يدعى الضمان عليه موسرا كان أو معسرا فكان مبرئا للامة عن السعاية فلم يبق له حق الاستسعاء ولا حق الاستخدام فيوقف نصيبه والله عز وجل أعلم و روى ابن سماعة عن أبى يوسف انه اذا شهد كل واحد منهما بالتدبير على صاحبه أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالاستيلاد فلا سبيل لواحد منهما على صاحبه ولا على الامة موسرين كانا أو معسرين لان كل واحد منهما يدعى حق الحرية من جهته والابراء للامة من السعاية و يدعى الضمان على شريكه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف فأما محمد فوافق أبا حنيفة فى هذا الفصل لان كل واحد من الشريكين ههنا أبرأ الامة من السعاية وادعى الضمان على شريكه وروى المعلى عن أبى يوسف فى عبد بين شريكين قال أحدهما للآخر هذا ابنى وابنك أو ابنك وابنى فقال الآخر صدقت فهو ابن المقر خاصة دون المصدق وكذلك قال محمد فى الزيادات فى صبى لا يعقل فى يد رجلين قال أحدهما للآخر هو ابنى وابنك وصدقه صاحبه وانما كان كذلك لانه لما قال هو ابنى فكما قال ذلك ثبت نسبه منه لوجود الاقرار منه بالنسب فى ملكه فلا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك قال محمد لو قال هذا ابنك وسكت فلم يصدقه صاحبه حتى قال هو ابنى معك فهو موقوف فان قال صاحبه هو ابنى دونك فهو كما قال لانه أقر له بالنسب ابتداء وسكت فقد استقر اقراره ووقف على التصديق فقوله بعد ذلك هو ابنى يتضمن ابطال الاقرار فلا يسمع فاذا وجد التصديق من المقر له ثبت النسب منه قال فان قال المقر له ليس بابنى ولكنه ابنك أو قال ليس بابنى ولا ابنك أو قال ليس بابنى وسكت فليس بابن لواحد منهما فى قياس قول أبى حنيفة وقال محمد ان صدقه فهو ابن المقر له وان كذبه فهو ابن المقر فهذا فرع اختلافهم فيمن أقر بعبد انه ابن فلان وكذبه المقر له وادعاه المولى انه لم تصح دعوته فى قول أبى حنيفة وفى قولهما تصح وجه قولهما انه لما كذبه المقر له فقد بطل اقراره كما فى الاقرار بالمال

واذا بطل اقراره التحق بالعدم فجاز ان يدعيه لنفسه ولابي حنيفة انه لما أقر بالنسب لغيره فقد زعم انه ثابت النسب
منه فتكذيبه ينفي ثبوت النسب منه في حقه لا في حق الشريك بل بقي ثابت النسب منه في حقه فاذا ادعى ولدا هو
ثابت النسب من الغير في حقه فلا تسمع دعواه ولو قال هو ابني وابنك فهو من الثاني لانه لما قال هو ابني فقد صدقه فقد
ثبت نسبه منه فاقراره بعد ذلك بقوله وابنك لم يصح قال محمد فان كان هذا الغلام يعقل فالمرجع الى تصديقه لانه اذا
كان عاقلا كان في يد نفسه فلا تقبل دعوى النسب عليه من غير تصديقه قال وان كان الولد من أمة ولدته في ملكهما
فالجواب كالاول في النسب ان على قول أبي حنيفة لا يثبت من المقر بعد اعترافه لشريكه وعلى قولهم يثبت قال والامة
أم ولد لمن ثبت النسب منه لان الاستيلاد يتبع النسب ومن هذا النوع ما اذا اشترى رجلان جارية فجاءت بولد
في ملكهما لستة أشهر فصاعدا وادعى أحدهما ان الولد ابنه وادعى الآخر ان الجارية بنته وخرجت الدعوتان معا
فالدعوة دعوة من يدعي الولد ودعوة مدعي الام باطلة لان مدعي الولد دعوته دعوة الاستيلاد والاستيلاد يستند
الى وقت العلوق ومدعي الام دعوة تحرير والتحرير يثبت في الحال ولا يستند فكانت دعوة مدعي الولد سابقة
فثبت نسب الولد منه ويصير نصيبه من الجارية أم ولد له وينتقل نصيب شريكه منها اليه فكان دعوى الشريك
دعوى فيما لا يملك فلا يسمع وهل يضمن مدعي الولد بنصف قيمة الام ونصف عقرها قال محمد يضمن وذكر في
الجامع الكبير ان هذا قياس قول أبي حنيفة وهي رواية بشر بن الوليد عن أبي يوسف وروى ابن سماعة عن أبي
يوسف انه لا شيء على مدعي الولد من قيمة الام ولا من العقر ولا شيء له أيضا على مدعي الام فان أكذب مدعي الام
نفسه فله نصف قيمة الام ونصف عقرها على مدعي الولد وذكر الكرخي ان هذا القول أقيس ووجهه ان مدعي
الام اقر انها حرة الاصل فكان منكرا ضمان القيمة فلا يثبت له حق التضمين فان رجع عن دعواه وأكذب نفسه
ثبت له حق الضمان الذي اعترف به له شريكه وجه قول أبي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبي يوسف انه لما ثبت
نسب الولد من المدعي فقد صار نصيبه من الجارية أم ولد فكذا نصيب شريكه لعدم تجزي الجارية في حق الاستيلاد
فيما يحتمل النقل فصار متلفا نصيب شريكه عليه ولا يجوز تملك مال الغير الا بعوض فيضمن لشريكه نصف قيمة
الام ويضمن له نصف عقر الجارية أيضا لان الوطء لاقاها ونصفها مملوك للشريك فاصادف ملك غيره يجب به العقر
وأما قوله ان مدعي الام أقر أنها حرة الاصل فالجواب من وجهين أحدهما انه لما قضى بكونها أم ولد للمدعي فقد صار
مكذبا شرعا فبطل كما لو ادعى المشتري انه اشترى الدار بألف وادعى البائع البيع بألفين وأقام البائع البينة وقضى
القاضي بألفين على المدعى عليه ان الشفيع يأخذها بالألفين من المشتري وان سبق من المشتري الاقرار بالشراء بألف
لما انه كذبه شرعا كذا هذا والثاني ان اقراره بحريتها وجد بعد ما حكم بزوالها عن ملكه لانها جعلت زائلة عنه من وقت
العلوق فلم يصح اقراره فلم يصر اقراره ابراء اياه عن الضمان كما في مسئلة الشفيع ومن مسائل دعوى الولد اذا كاتب
الرجل أمته فجاءت بولد ليس له نسب معروف فادعاه المولى ثبت نسبه منه صدقته أم كذبته وسواء جاءت
بالولد لستة أشهر أو لاكثر أو لاقل فان نسب الولد يثبت على كل حال اذا ادعاه لان المكاتبة باقية على ملك المولى فكان
ولدها مملوكا له ودعوة المولى ولد أمته لا تقف صحتها على التصديق وعتق الولد لان نسبه ثبت من المولى ولا ضمان
عليه فيه لان غرض المكاتبة من الكتابة عتقها وعتق أولادها وقد حصل لها هذا الغرض فلا يضمن لها شيأ ثم ان
جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر لانه تبين أن الوطء حصل في حال الكتابة وان جاءت به لاقل من ستة
أشهر منذ كاتبها فلا عقر عليه لانه علم أنه وطئها قبل الكتابة والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها وان
شاءت عجزت لان الحرية توجهت اليها من جهتين ولها في كل واحدة منهما غرض صحيح لان بالكتابة تتعجل لها
الحرية وبالاستيلاد تسقط عنها السعاية فكان التخيير مفيدا فكان لها أن تختار أيهما شاءت وان ادعى المولى ولد
جارية المكاتب له وقد علقت به في ملك المكاتب فانه يرجع الى تصديق المكاتب فان كذب المولى لم يثبت نسب

الولد ولا تصير الجارية أم ولد له وكانت الجارية وولدها مملوكين وان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد وذكر محمد فى الزيادات ولم يحك خلافا وكذا ذكر فى الدعاوى الا انه قال أستحسن ذلك اذا كان الحبل فى ملك المكاتب وهذا يشير الى أن القياس ان لا يعتق الولد وان صدقه المكاتب وهو رواية عن أبى يوسف وروى ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف أن المولى يصدق بغير تصديق المكاتب وجه القياس أنه لما لم يقبل قوله بغير تصديق فكذا مع التصديق لان المكاتب لا يملك التحرير بنفسه فلا يملك التصديق بالحرية أيضا وجه الرواية الاخرى لابى يوسف أن حق الرجل فى مال مكاتبه أقوى من حقه فى مال ولده فلما ثبت النسب فى جارية الابن من غير تصديق فههنا أولى وجه ظاهر الرواية ان حق المكاتب فى كسبه أقوى من حق المولى بدليل انه لا يملك النزع من يده فكان المولى فى حق ملك التصرف فى مال المكاتب بمنزلة الاجنبى فتتوقف صحة دعوته على تصديق المكاتب فان صدقه كان الولد ابن المولى وعليه قيمته يوم ولد لانه يشبه ولد المغرور لثبوت الملك فى الام من وجه دون وجه لان ملك الذات فى المكاتب للمولى وملك التصرفات للمكاتب كالمغرور أنه يثبت الملك فى الام ظاهرا وللمستحق حقيقة وولد المغرور حر بالقيمة قال محمد فى الزيادات اذا اشترى المكاتب أمة حاملا فادعى مولاها ولدها أو اشترى عبدا صغيرا فادعاه لم تجز دعوته الا بالتصديق كما فى المسئلة الاولى الا ان هناك اذا صدقه يثبت النسب و يعتق وههنا ان صدقه المكاتب ثبت نسبه ولا يعتق لان تلك الدعوة دعوة استيلاد لعدم العلوق فى الملك فكانت دعوة تحرير والمولى لا يملك تحريره الا ترى انه لو أعتقه لا تصح الا ان النسب يثبت وليس من ضرورة ثبوت النسب ثبوت العتق الا ترى ان من ادعى ولد أمة أجنبى فصدقه مولاه يثبت النسب ولا يعتق فى الحال كذا ههنا

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاستيلاد فالاستيلاد لا يتجزأ عند أبى يوسف ومحمد كالتدبير وعند أبى حنيفة هو متجزئ الا انه قد يتكامل عند وجود سبب التكامل وشرطه وهو امكان التكامل وقيل انه لا يتجزأ عنده أيضا لكن فيما يحتمل نقل الملك فيه وأما فيما لا يحتمل فهو متجزئ عنده وبيان هذا ما ذكرنا فيما تقدم فى الامة القنة بين اثنين جاءت بولد فادعاه أحدهما ان كلها صارت أم ولد له وان ادعياه جميعا صارت أم ولدهما جميعا ثم أم الولد الخالصة اذا أعتق المولى نصفها عتق كلها بالاجماع وكذا اذا كانت بين اثنين فعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها بلا خلاف لكن عندهما لعدم تجزى الاعتاق وعنده لعدم الفائدة فى بقاء حكم الاستيلاد فى الباقى لا نعتاقه كما فى الطلاق والعفو عن القصاص على ما بينا فى كتاب العتاق ولا ضمان على الشريك المعتق ولا سعاية عليها فى قول أبى حنيفة وستأتى المسئلة فى موضعها والفرق بين المدبر وأم الولد فى هذا الحكم ان شاء الله تعالى ولو كانت مدبرة صار نصيب المدعى أم ولد له ونصيب الآخر بقى مدبرا على حاله وان كانت مكاتبة بين اثنين صار نصيب المدعى أم ولد عند أبى حنيفة وتبقى الكتابة وعندهما يصير الكل أم ولد للمدعى وتنفسخ الكتابة فى النصف وهى من مسائل كتاب المكاتب

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاستيلاد فنوعان أيضا كحكم التدبير أحدهما يتعلق بحال حياة المستولد والثانى يتعلق بما بعد موته أما الاول فما ذكرنا فى التدبير وهو ثبوت حق الحرية عند عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسى وداود بن على الاصفهانى امام أصحاب الظاهر لا حكم له فى الحال وعلى هذا تبتنى جملة من الاحكام فلا يجوز بيع أم الولد عند العامة وعندهما يجوز واحتجا بما روى عن جابر بن عبد الله انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانها مملوكة له بدليل انه يحل له وطؤها ولا يحل الوطء الا فى الملك وكذا تصح اجارتها وكتابتها فدل انها مملوكة له فيجوز بيعها كبيع القنة ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال وهذا نص فى الباب وروى عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال فى أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهره يقتضى ثبوت حقيقة الحرية للحال أو الحرية من كل وجه الا انه تأخر ذلك الى ما بعد الموت بالاجماع فلا أقل من انعقاد سبب الحرية أو الحرية من وجه وكل ذلك عدم

يمنع جواز البيع وروى ان سعيد بن المسيب سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال ان الناس يقولون ان أول من أمر بعتق أمهات الاولاد عمر بن الخطاب وليس كذلك لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم أول من أعتقهن ولا يجعلن في الثلث ولا يستسعين في دين وعن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعتق أمهات الاولاد وان لا يبعن في الدين ولا يجعلن في الثلث وكذا جميع التابعين على انه لا يجوز بيع أم الولد فكان قول بشر وأصحاب الظواهر مخالفا للاجماع فيكون باطلا ومن مشايخنا من قال عليه اجماع الصحابة أيضا لما روى عن على رضى الله عنه انه سئل عن بيع أمهات الاولاد فقال كان رأيى ورأى عمر أن لا يبعن ثم رأيت بيعهن فقال له عبيدة السلمانى رأيك مع الجماعة أحب الى من رأيك وحدك وفي رواية أخرى عن على رضى الله عنه اجتمع رأيى ورأى عمر في ناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الاولاد ثم رأيت بعد ذلك ان يبعن في الدين فقال عبيدة رأيك ورأى عمر في الجماعة أحب الى من رأيك في الفرقة فقول عبيدة في الجماعة اشارة الى سبق الاجماع من الصحابة رضى الله عنهم ثم بدا لعلى رضى الله عنه فيحمل خلافه على أنه كان لا يرى استقرار الاجماع ما لم ينقرض العصر ومنهم من قال كانت المسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فكان على وجابر رضى الله عنهما يريان بيع أم الولد لكن التابعين أجمعوا على أنه لا يجوز والاجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند أصحابنا لما عرف في أصول الفقه ولان أم الولد تعتق عند موت السيد بالاجماع ولا سبب سوى الاستيلاد السابق فعلم أنه انعقد سببا للحال لثبوت الحرية بعد الموت وأنه يمنع جواز البيع لما بينا في التدبير وأما حديث جابر رضى الله عنه فيحتمل أنه أراد بالبيع الاجارة لانها تسمى بيعا في لغة أهل المدينة ولانها بيع في الحقيقة لكونها مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب ويحتمل أنه كان في ابتداء الاسلام حينما كان بيع الحر مشروعا ثم انتسخ بانتساخه فلا يكون حجة مع الاحتمال وأما قوله انها مملوكة للمستولد فنعم لكن هذا لا يمنع انعقاد سبب الحرية من غير حرية أصلا ورأسا وهذا القدر يكفى للمنع من جواز البيع لما ذكرنا في كتاب التدبير وسواء كان المستولد مسلما أو كافرا مرتدا أو ذميا أو مستأمنا خرج الى ديارنا ومعه أم ولده لا يجوز له بيعها لانها أم ولد لان أمية الولد تتبع ثبات النسب والكفر لا يمنع ثبوت النسب ولما دخل المستأمن دار الاسلام بأمان فقد رضى بحكم الاسلام ومن حكم الاسلام أن لا يجوز بيع أم الولد وكذلك كل تصرف يوجب بطلان حق الحرية الثابتة لها بالاستيلاد لا يجوز كالهبة والصدقة والوصية والرهن لان هذه التصرفات توجب زوال ملك العين فيوجب بطلان هذا الحق وما لا يوجب بطلان هذا الحق فهو جائز كالاجارة والاستخدام والاستسعاء والاستغلال والاستمتاع والوطء لانها تصرف في المنفعة لا في العين والمنافع مملوكة له والاجرة والكسب والغلة والعقر والمهر للمولى لانها بدل المنفعة والمنافع على ملكه وكذا ملك العين قائم لان العارض وهو التدبير لم يؤثر الا في ثبوت حق الحرية من غير حرية فكان ملك العين قائما والممنوع منه تصرف يبطل هذا الحق وهذه التصرفات لا تبطله وكذا الارش له بدل جزء هو ملكه وله أن يزوجها لان التزويج تمليك المنفعة ولا ينبغى أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة لاحتمال أنها حملت منه فيكون النكاح فاسدا ويصير الزوج بالوطء ساقيا ماءه زرع غيره فكان التزويج تعريضا للفساد فينبغى أن يتحرز من ذلك بالاستبراء لكن هذا الاستبراء ليس بواجب بل هو مستحب كاستبراء البائع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد لانه تبين أنه زوجها وفي بطنها ولد ثابت النسب منه وان ولدت لاكثر من ستة أشهر فهو ولد الزوج لان الزوج له فراش والولد للفراش على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فراش للمولى لزوال فراشه بالنكاح فان ادعاه المولى وقال هذا ابنى لا يثبت نسبه منه لسبق ثبوته من غيره وهو الزوج فلا يتصور ثبوته فلا تصح دعوته لكنه يعتق عليه لانه في ملكه وقد أقر بحريته فيعتق عليه وان لم يثبت نسبه منه كما اذا قال لعبده هذا ابنى وهو معروف النسب من الغير ونسب ولد أم الولد يثبت من المولى من غير دعوة عند عدم الحرية الا اذا حرمت عليه حرمة مؤبدة فجاءت بولد لستة أشهر من وقت

الحرمة

الحرمة أو زوجها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت التزويج فلا يثبت نسبه الا بالدعوة وانما قلنا أنه يثبت
نسب ولدها من المولى من غير دعوة عند عدم الحرمة المؤبدة والنكاح لانها صارت فراشا بثبوت نسب ولدها
والولد المولود على الفراش يثبت نسبه من غير دعوة قال النبي صلى الله عليه وسلم الولد للفراش بخلاف الامة القنة
أو المدبرة لانه لا يثبت نسب ولدها وان حصنها المولى وطلب ولدها بدون الدعوة عندنا فلا تصير فراشا بدون
الدعوة ثم انما يثبت نسب ولد أم الولد بدون الدعوة دون ولد القنة والمدبرة لان الظاهر ان ولد أم الولد من المولى
لانه لا يتحرز عن الاعلاق اذ التحرز لخوف فوات ماليتها وقد حصل ذلك منه فالظاهر ان لا يعزل عنها بل
يعلقها فكان الولد منه من حيث الظاهر فلا تقع الحاجة الى الدعوة بخلاف القنة والمدبرة فان هناك الظاهر أنه لا يعلقها
بل يعزل عنها تحرزا عن اتلاف المالية فلا يعلم أنه منه الا بالدعوة فلا يثبت النسب الا بالدعوة فهو الفرق والله
عز وجل أعلم فان صارت أم الولد محرمة على المولى على التأبيد بان وطئها ابن المولى أو أبوه أو وطئ المولى أمها أو
بنتها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لم يثبت نسب الولد الذى أتت به بعد التحريم من غير دعوة لان الظاهر أنه
ما وطئها بعد الحرمة فكان حرمة الوطء كالنفى دلالة وان ادعى يثبت النسب لان الحرمة لا تزيل الملك وذكر
القدورى فى شرحه مختصر الكرخى أصلا فقال اذا حرمت أم الولد بما يقطع نكاح الحرة ويزيل فراشها مثل
المسائل التى ذكرنا لا يثبت نسب ولدها من مولاها الا أن يدعيه لان فراش الزوجة أقوى من فراش أم الولد وهذه
المعانى تقطع فراش الزوجة فلان تقطع فراش أم الولد أولى وكذلك اذا زوجها فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر لانها
صارت فراشا للزوج فيستحيل أن تصير فراشا لغيره الا أنه اذا ادعى يعتق عليه كما اذا قال لعبده وهو معروف النسب
من الغير هذا ابنى وان حرمت عليه بما لا يقطع نكاح الحرة لا يزيل فراشها مثل الحيض والنفاس والاحرام والصوم
يثبت نسب ولدها منه لانه تحريم عارض لا يغير حكم الفراش وللمولى أن ينفى ولد أم الولد من غير لعان أما النفى فلانه
يملك العزل عنها بغير رضاها فاذا أخبر عن ذلك فقد أخبر عما يملك فكان مصدقا وأما النفى من غير لعان فلان فراش أم
الولد أضعف من فراش الحرة وهذا أصل يذكر فى كتاب الدعوى أن الفرش ثلاثة قوى وضعيف ووسط فالقوى
هو فراش النكاح حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة ولا ينتفى الا باللعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب
فيه من غير دعوة والوسط فراش أم الولد حتى يثبت النسب فيه من غير دعوة وينتفى من غير لعان لانه يحتمل الانتقال
بالتزويج فيحتمل الانتفاء بالنفى بخلاف فراش الزوج ثم انما ينتفى بالنفى اذا لم يقض به القاضى أو لم تتطاول المدة فاما اذا
قضى القاضى به أو تطاولت المدة فلا ينتفى لانه تأكد بقضاء القاضى فلا يحتمل النفى بعد ذلك وكذا تطاول المدة من
غير ظهور النفى اقرار منه دلالة والنسب المقر به لا ينتفى بالنفى ولم يقدر أبو حنيفة لتطاول المدة تقديرا وأبو
يوسف ومحمد قدراه بمدة النفاس أربعين يوما وقد ذكرناه فى كتاب اللعان وولد أم الولد من غير مولاها بمنزلة الام بان
زوج أم ولده فولدت ولدا لستة أشهر فصاعدا من وقت التزويج لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية وقد ثبت حق
الحرية فى الام فيسرى الى الولد فكان حكمه حكم الام فى جميع الاحكام هذا اذا استولد جارية فى ملكه فان كان
استولدها فى ملك غيره بنكاح حتى يثبت نسب ولدها منه ثم ملكها ولها ولد من زوج آخر بان استولدها ثم فارقها
فزوجها المولى من آخر فجاءت بولد ثم ملكها يوما من الدهر وولدها صارت الجارية أم ولده عند أصحابنا ولا يصير
ولدها ولد أم ولد حتى يجوز بيعه فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر اذا ملك من ولدته بعد ثبوت نسب ولدها منه فهو ولد
أم ولده يثبت فيه حكم الام وجه قوله أن الاستيلاد وان كان فى ملك الغير لكنه لما ملكها فقد صارت أم ولد
عند أصحابنا وانما صارت أم ولد بالعلوق السابق والولد حدث بعد ذلك فيحدث على وصف الام فاذا ملكه يثبت
فيه الحكم الذى يثبت فى الام ولنا أن الاستيلاد فى الام وهو أمية الولد شرعا انما تثبت وقت ملك الام والولد منفصل
فى ذلك الوقت والسراية لا تثبت فى الولد المنفصل ويتعلق الدين بكسبها لا برقبتها لانها لا تقبل البيع لما ذكرنا وتسعى

فى ديونها بالغة ما بلغت لان الدين عليها الا فى رقبتها وارش جنايتها على المولى وهو الاقل من قيمتها ومن الارش وليس على المولى الا قدر قيمتها وان كثرت الجنايات كالمدبر ويجوز اعتاقها لما فيه من استعجال مقصودها وهو الحرية ولو أعتق المولى نصفها يعتق كلها وكذا اذا كانت مشتركة بين اثنين فاعتق أحدهما نصيبه عتق جميعها لما ذكرنا ولا ضمان على المعتق ولا سعاية عليها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا ضمن لشريكه وان كان معسرا سعت فى نصف قيمتها للشريك الذى لم يعتق ولو مات عن أم ولد بينه وبين شريكه عتق جميعها ولا ضمان عليه بالاجماع لانه لا صنع له فى الموت ويقع الاختلاف فى السعاية عند أبى حنيفة لا سعاية عليها وعندهما عليها السعاية وعلى هذا الخلاف الغصب والقبض فى البيع الفاسد انها لا تضمن فى قول أبى حنيفة وعندهما تضمن ولا خلاف فى المدبرة انها تضمن بهذه الاسباب ولقب المسئلة ان أم الولد هل هى متقومة من حيث انها مال أم غير متقومة عنده غير متقومة من هذه الجهة وعندهما متقومة وأجمعوا على انها متقومة من حيث انها نفس ولا خلاف فى ان المدبر متقوم من حيث انه مال وربما تلقب المسئلة بان رق أم الولد هل له قيمة أم لا ذكر محمد فى الاملاء انها تضمن فى الغصب عند أبى حنيفة كما يضمن الصبى الحر اذا غصب يعنى اذا مات عن سبب حادث بان عقره سبع أو نهشته حية أو نحو ذلك وجه قولهما ان أم الولد مملوكة للمولى ولا شك ولهذا يحل له وطؤها واجارتها واستخدامها وكتابتها وملكه فيها معصوم لان الاستيلاد لم يوجب زوال العصمة فكانت مضمونة بالغصب والاعتاق والقبض فى البيع الفاسد كالمدبر والدليل على ان رقها متقوم ان أم ولد النصرانى اذا أسلمت تخرج الى العتاق بالسعاية فلولا ان ماليتها متقومة لعتقت مجانا ولم يكن للمولى أخذ السعاية بدلا عن ماليتها وكذا يجوز للمولى أن يكاتبها والاعتياض انما يجوز عن مال متقوم والدليل عليه انها تضمن بالقتل بالاجماع ولابى حنيفة قول النبى صلى الله عليه وسلم لمارية لما ولدت ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها فظاهر الحديث يقتضى ثبوت العتق فى الحال فى حق جميع الاحكام الا انه خص منه الاستمتاع والاستخدام بالاجماع ولا اجماع فى التقويم فكانت حرة فى حق التقويم بظاهر الحديث وكذا سبب العتق للحال موجود وهو ثبوت نسب الولد لان ذلك يوجب الاتحاد بين الواطئ والموطوءة ويجعلهما نفسا واحدة فتقضيه ثبوت العتق للحال فى جميع الاحكام الا انه لم يظهر فى سائر الاحكام بالاجماع فيظهر فى حق سقوط التقوم بخلاف المدبر لان هناك السبب وهو التدبير أضيف الى ما بعد الموت لان التدبير اثبات العتق عن دبر الا انه جعل سببا للحال لضرورة ذكرناها فى بيع المدبر والثابت بالضرورة يتقيد بقدر الضرورة والضرورة فى حرمة البيع لا فى سقوط التقوم وههنا الامر على القلب من ذلك لان السبب يقتضى الحكم للحال والتأخر على خلاف الاصل والدليل على انها غير متقومة من حيث انها مال لانها لا تسعى لغريم ولا لوارث ولو كانت متقومة من حيث انها مال لثبت للغريم حق فيها وللوارث فى ثلثها فيجب ان يسعى فى ذلك كالمدبر والسعاية مبنية على هذا الاصل لان استسعاء العبد يكون بقيمته ولا قيمة لام الولد فلا سعاية عليها وأما قوله ان ملك المولى فيها قائم بعد الاستيلاد والعصمة قائمة فمسلم لكن قيام الملك والعصمة لا يقتضى التقوم كملك القصاص وملك النكاح وملك الخمر وجلد الميتة وأما أم ولد النصرانى اذا أسلمت فالجواب من وجهين أحدهما انها متقومة فى زعمهم واعتقادهم ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون فاذا دانوا تقومها يتركون وذلك ولذلك جعلت خمورهم متقومة كذا هذا والثانى ان أم ولد النصرانى اذا أسلمت تجعل مكاتبة للضرورة اذ لا يمكن القول بعتقها لان ملك الذمى ملك محترم فلا يجوز ابطاله عليه ولا سبيل الى ابقائها على ملكه يستمتع بها ويستخدمها لما فيه من الاستذلال بالمسلمة ولا وجه الى دفع الذلة عنها بالبيع من المسلم نظرا وجوبا بالاستيلاد عن محلية البيع فتجعل مكاتبة وضمان الكتابة ضمان شرط ولانه لا يوقف على كون ما يقابله مالا متقوما كما فى النكاح والخلع ثم اذا سعت تسعى وهى رقيقة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تسعى وهى حرة وجه قوله ان الاستسعاء استذلال بها وهذا لا يجوز ولنا ما ذكرنا ان فى الحكم بعتقها ابطال ملك الذمى عليه وتعلق ديونه بذمة المفلس وملكه معصوم

والاستذلال

والاستدلال فى الاستمتاع والاستخدام لا فى نفس الملك ألا ترى ان أمة النصرانى اذا أسلمت فكاتبها المولى لا تجبر على البيع وقد خرج الجواب عن الكتابة وانما ضمنت بالقتل لان ضمان القتل ضمان الدم والنفس وانها متقومة من هذه الجهة وما ذكر محمد فى الاملاء عن أبى حنيفة فذلك ضمان القتل لانه اذا لم يحفظها حتى هلكت بسبب حادث فقد تسبب لقتلها وتجوز كتابتها كما يجوز اعتاقها لما فيه من تعجيل العتق اليها ولا تشكل الكتابة على أصل أبى حنيفة انها معاوضة ورق أم الولد لا قيمة له فلا يجوز ان يستحق المولى عليه عوضا لان صحة المعاوضة لا تقف على كون المعوض مالا أصلا فضلا عن كونه متقوما كما فى النكاح والخلع فان مات المولى قبل ان تؤدى بدل الكتابة عتقت ولا شىء عليها أما العتق فلانها كانت أم ولد وقد مات مولاها وأما العتق بغير شىء فلان الكتابة قد بطلت لان الحرية توجهت اليها من وجهين الاستيلاد والكتابة فاذا ثبت العتق باحدهما بطل حكم الآخر وكذا يجوز اعتاقها على مال وبيعها نفسها حتى اذا قبلت عتقت والمال دين عليها لان الاعتاق على مال من باب تعجيل الحرية وأما الذى يتعلق بما بعد موت المولى فمنها عتقها لان عتقها كان معلقا شرعا بموت المولى لما روى عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما رجل ولدت أمته منه فهى معتقة عن دبر منه وقد روينا عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين ولدت أم ابراهيم عليه السلام أعتقها ولدها ومعلوم انه لا يثبت حقيقة العتق فى حال الحياة فلو لم يثبت بعد الموت لتعطل الحديث ولان سبب ثبوت العتق قد وجد وهو ثبوت نسب الولد ولم يعمل فى حال الحياة فلو لم يعمل بعد الموت لبطل السبب ويستوى فيه الموت الحقيقى والحكمى بالردة واللحوق بدار الحرب لما ذكرنا فى كتاب التدبير وكذا الحربى والمستأمن اذا اشترى جارية فى دار الاسلام واستولدها ثم رجع الى دار الحرب فشترى الحربى عتقت الجارية لما ذكرنا فى المدبر وكذا يعتق ولدها الذى ليس من مولاها اذا سرت أمية الولد اليها على ما بينا لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ومنها انها تعتق من جميع المال ولا تسعى للوارث ولا للغريم بخلاف المدبرة لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من جميع المال وهذا نص وروينا عن سعيد بن المسيب انه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن فى دين ولا يجعلن فى الثلث وفى بعض الروايات ولا يجعلن فى الثلث ولا يستسعين فى دين وفى بعضها أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعتق أمهات الاولاد من غير الثلث ولا يبعن فى دين ولان سبب ثبوت حرية أم الولد هو ثبوت نسب الولد والنسب لا تجامعها السعاية كذا حرية الاستيلاد ومنها ان ولاءها للمولى لان الاعتاق منه لما بينا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به الاستيلاد فظهوره باقرار المولى ثم ان أقر به فى حال الصحة ان هذه الجارية قد ولدت منه فقد صارت أم ولده سواء كان معها ولد أو لم يكن لان الاقرار فى حال الصحة لا تهمة فيه فيصح سواء كان معها ولد اولم يكن ولهذا لو أعتقها فى الصحة يعتبر من جميع المال وان كان الاقرار به فى مرض موته فان كان معها ولد صارت أم ولده أيضا وتعتق من جميع المال اذا مات المولى لان كون الولد معها دليل الاستيلاد فكان الظاهر شاهدا له فيصح اقراره ولان التسبب من الحوائج الاصلية وتصرف المريض فى مرض الموت فيما يحتاج اليه حاجة أصلية نافذ كشراء الطعام والكسوة ونحو ذلك وان لم يكن معها ولد عتقت من الثلث لانه متهم فى اقراره فى حق سائر الورثة ولم يوجد ما ينفى التهمة وهو الولد وكذا اذا لم يكن معها ولد لا تحتاج الى التسبب فيصير قوله هذه أم ولدى كقوله هذه حرة بعد موتى فتعتق بعد موته من الثلث

## ﴿ كتاب المكاتب ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان جواز المكاتبة وفى بيان ركن المكاتبة وفى بيان شرائط

الركن وفي بيان ما يملكه المكاتب من التصرفات ومالا يملكه وفي بيان ما يملكه المولى من التصرف في المكاتب وما لا يملكه وفي بيان صفة المكاتبة وفي بيان حكم المكاتبة وفي بيان ما تنفسخ به المكاتبة أما الاول فالقياس أن لا تجوز المكاتبة لما فيها من ايجاب الدين للمولى على عبده وليس يجب للمولى على عبده دين وفي الاستحسان جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وأدنى درجات الامر الندب فكانت الكتابة مندوبا اليها فضلا عن الجواز وقوله عز وجل ان علمتم فيهم خيرا أي رغبة في اقامة الفرائض وقيل وفاء لامانة الكتابة وقيل حرفة وروى هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال في قوله عز وجل خيرا أي حرفة ولا ترسلوهم كلا على الناس وأما السنة فما روى محمد بن الحسن باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها كلها الا عشر أواق فهو رقيق وقال صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وروى أن عائشة رضي الله عنها كاتبت بريرة بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليها وعليه اجماع الامة وبه تبين ان قول داود بن علي الاصفهاني ان الكتابة واجبة قول مخالف للاجماع وان تعلق بظاهر الامر لا يصح لان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يتركون مماليكهم بعد موتهم ميراثا لورثتهم من غير نكير فعلم ان ليس المراد من هذا الامر الوجوب وأما الجواب عن وجه القياس ان المولى لا يجب له على عبده دين فهذا على الاطلاق ممنوع وانما نسلم ذلك في العبد القن لا في المكاتب والمستسعى لان كسب القن ملك المولى وكسب المكاتب والمستسعى ملكهما لا حق للمولى فيه فكان المولى كالاجنبي عن كسب المكاتب فأمكن ايجاب الدين للمولى عليه

﴿فصل﴾ وأما ركن المكاتبة فهو الايجاب من المولى والقبول من المكاتب أما الايجاب فهو اللفظ الدال على المكاتبة نحو قول المولى لعبده كاتبتك على كذا سواء ذكر فيه حرف التعليق بأن يقول على أنك ان أديت الى فأنت حر أو لم يذكر عندنا وعند الشافعي لا يتحقق الركن بدون حرف التعليق وهو أن يقول كاتبتك على كذا على أنك ان أديت الى فأنت حر بناء على أن معنى المعاوضة أصل في الكتابة ومعنى التعليق فيها ثابت عندنا والعتق عنده الاداء يثبت من حيث المعاوضة لا من حيث التعليق بالشرط وعنده معنى التعليق فيها أصل أيضا والعتق يثبت من حيث التعليق فلابد من حرف التعليق وما قلناه أولى بدليل انه لو أبرأه عن بدل الكتابة يعتق ولو كان ثبوت العتق فيها من طريق التعليق بالشرط لم يعتق لعدم الشرط وهو الاداء وكذا لو قال لعبده أنت حر على ألف تؤديها الى نجوما في كل شهر كذا فقبل أو قال اذا أديت لى ألف درهم كل شهر منها كذا فأنت حر فقبل أو قال جعلت عليك ألف درهم تؤديها الى نجوما كل نجم كذا فاذا أديت فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق وقبل ونحو ذلك من الالفاظ لان العبرة في العقود الى المعاني لا الالفاظ وأما القبول فهو أن يقول العبد قبلت أو رضيت وما أشبه ذلك فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم الركن ثم الحاجة الى الركن فيمن يثبت حكم العقد فيه مقصودا لا تبعا كالولد المولود في الكتابة والولد المشترى والوالدين على ما نذكر لان الاتباع كما لا تفرد بالشروط لا تفرد بالاركان لما فيه من قلب الحقيقة وهو جعل التبع متبوعا وهذا لا يجوز

﴿فصل﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى المكاتب وبعضها يرجع الى بدل الكتابة وبعضها يرجع الى نفس الركن ثم بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة أما الذي يرجع الى المولى فمنها العقل وانه شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة من الصبي الذي لا يعقل والمجنون ومنها البلوغ وهي شرط النفاذ حتى لا تنفذ الكتابة من الصبي العاقل وان كان حرا أو مأذونا في التجارة من قبل المولى أو الوصي لان المكاتبة ليست بتجارة اذ التجارة مبادلة المال بالمال والمكاتبة ليست كذلك وليست من توابع التجارة ولا من ضروراتها ولهذا لا يملكها العبد المأذون والشريك شركة العنان لما قلنا ولو أن يكاتب عبده باذن أبيه أو وصيه

لان الاب والوصى يملكان العقد بأنفسهما فيملكان الاذن به للصبي اذا كان عاقلا ومنهما الملك والولاية وهذا شرط
نفاذلان المكاتبة فيهامعنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما عند الانفراد لا يصح بدون الملك والولاية فكذا
عند الاجتماع فلا تنفذ المكاتبة من الفضولى لانعدام الملك والولاية وتنفذ من الوكيل لانه نائب الموكل فكان
تصرفه تصرف الموكل وكذا من الاب والوصى استحسانا والقياس أن لا تنفذ وجه القياس ان المكاتبة تصرف يفضى
الى العتق وهما لا يملكان الاعتاق لا بغير بدل ولا ببدل كالاعتاق على مال و بيع نفس العبد منه وجه الاستحسان
ان المكاتبة من باب اكتساب المال ولهما ولاية اكتساب المال كالبيع والاجارة بخلاف الاعتاق على مال و بيع
نفس العبد منه لان ذلك ليس من باب الاكتساب بل هو من باب الاعتاق لان العبد يعتق بنفس القبول فيبقى المال
دينا فى ذمة المفلس فان أقر الاب أو الوصى بقبض بدل الكتابة فان كانت الكتابة معروفة ظاهرة بمحضر الشهود
يصدق و يعتق المكاتب لانه أمين فى قبض الكتابة فكان مصدقا كالوكيل بالبيع اذا باع ثم أقر بقبض الثمن وان
لم تكن معروفة لم يجز اقراره. ولا يعتق العبد لان الكتابة اذا لم تكن ظاهرة كان ذلك منه اقرارا بالعتق واقرار الاب
أو الوصى بعتق عبد اليتيم لا يجوز واذا كانت الكتابة ظاهرة كان ذلك منه اقرارا باستيفاء الدين فيصح اقراره ولو
كاتب الاب أو الوصى ثم أدرك الصبي فلم يرض بالكتابة فالمكاتبة ماضية الا أنه ليس للوصى ولا للاب أن يقبض
بدل الكتابة لانه انما كان يملك القبض بولايته لا بمباشرة العقد لان حقوق العقد فى المكاتبة يرجع الى من عقد له
لا الى العاقد وقد زالت ولايته بالبلوغ بخلاف الوصى اذا باع شيأ ثم أدرك اليتيم ان له أن يقبض لان حقوق البيع
وكل عقد هو مبادلة المال بالمال يرجع الى العاقد هذا اذا كانت الورثة صغارا فان كانوا كبارا لا يجوز للوصى أن
يكاتب ولا للاب لزوال ولايتهما بالبلوغ سواء كانوا حضورا أو غيبا لان الموجب لزوال الولاية لا يختلف وهذا
بخلاف البيع لان الوارث الكبير اذا كان غائبا ان للاب والوصى أن يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ
لان حفظ ثمنه أيسر من حفظ عينه ولهما ولاية الحفظ وليس فى الكتابة حفظ فلا يملكانها وان كانت الورثة
صغارا وكبارا ذكر فى الاصل أنه لا يجوز ثم اختلف فى هذا الاطلاق قال بعضهم معناه انه لا يجوز فى نصيب الكبار
وأما فى نصيب الصغار فجائز وقال بعضهم معناه انه لا يجوز فى نصيب الكبار والصغار جميعا لانه اذا لم يجز فى نصيب
الكبار لم يكن فى جوازه فى نصيب الصغار فائدة لان لهم أن يفسخوا العقد وصار كعبد بين اثنين انه يمنع أحدهما عن
كتابة نصيبه الا برضا شريكه لانه لو فعل بغير اذن شريكه كان لشريكه أن يفسخ فلم يكن فيه فائدة كذا هذا ولو
كان على الميت دين فكاتب الوصى عبدا من تركته لم يجز كذا ذكر فى الاصل ولم يفصل بين ما اذا كان الدين محيطا
بالتركة و بين ما اذا لم يكن محيطا بها منهم من أجرى المذكور فى الاصل على اطلاقه وقال لا تجوز مكاتبته سواء كان
الدين محيطا بالتركة أو لم يكن أما اذا كان محيطا بالتركة فلان حق الغرماء يكون متعلقا بها والمكاتبة تتضمن ابطال
حقهم لانها لو صحت لصارت حقوقهم منجمة مؤجلة وحقوقهم معجلة فلا يملك تأجيلها بالكتابة وان كان غير محيط
بالتركة فكذلك لان ذلك القدر من الدين يتعلق بالتركة مطلقا وتبطل الكتابة لان ذلك القدر من الدين يتأجل
تسليمه فيتضرر به الغريم الا أن يختار استيفاءه من غيرها فيجوز لان عدم الجواز لحق الغريم فاذا استوفى من محل
آخر فقد زال حقه فزال المانع بين الجواز وذكر القدورى ان المسئلة محمولة على ما اذا كان للميت غير العبد أو غير
القدر الذى يقضى به الدين فما اذا لم يكن الدين محيطا بالتركة يجوز له ذلك لانه اذا كان هناك مال آخر يقضى به الدين
فحق الغرماء لا يتعلق بعين العبد لان التعليق لحاجتهم الى استيفاء دينهم وانه يحصل بدونه لانه لو تعلق قليل الدين
بجملة التركة لادى الى الحرج لان التركة قلما تخلو عن قليل الدين ولا يجوز لاحد الوصيين أن يكاتب بغير اذن
صاحبه فى قول أبى حنيفة ومحمد ويجوز فى قول أبى يوسف وأصل المسئلة انه هل لاحد الوصيين أن يتصرف فى
مال اليتيم بغير اذن صاحبه فهو على الخلاف الذى ذكرنا وهى من مسائل كتاب الوصايا ولو وصى الوصى أن يكاتب

لانه قائم مقام الوصى وسواء كان المملوك محجورا أو مأذونا بالتجارة وعليه دين أو لا دين عليه لان الدين لا يوجب زوال الملك عنه فتنفذ المكاتبة الا أنه اذا كان عليه دين محيط أو غير محيط فللغرماء أن يردوا المكاتبة لان لهم حق الاستيفاء من رقبته وهو بالمكاتبة أراد ابطال حقهم فكان لهم أن ينقضوا كما لو باعه وعليه دين محيط أو غير محيط ان البيع ينفذ لكن للغرماء أن ينقضوا الا اذا كان قضى المولى دينهم من مال آخر قبل أن ينقضوا فليس لهم أن ينقضوا ومضت المكاتبة لانها وقعت جائزة لوقوعها فى الملك الا أنه كان للغرماء النقض لقيام حقهم فاذا قضى دينهم فقد زال حقهم فبقيت جائزة ولا يرجع المولى بما قضى من الدين على المكاتب لانه بقضاء الدين أصلح مكاتبته فكان عاملا لنفسه وكذا لو أبى المولى أن يؤدى الدين وأداه الغلام عاجلا مضت المكاتبة لما قلنا ولا يرجع العبد على المولى بما أدى لما قلنا فان كان المولى أخذ البدل ثم علم الغرماء بذلك فلهم أن يأخذوا من المولى ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب العبد المديون وأنه يؤخذ من المولى والعتق واقع امامن طريق المعاوضة لسلامة العوض للمولى واما من طريق التعليق بالشرط لوجود الشرط وهو أداء بدل الكتابة والعتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض فان بقى من دينهم شىء كان لهم أن يضمنوا المولى قيمته لانه أبطل حقهم فى قدر قيمة العبد حيث منعهم عن بيعه بوقوع العتق ولهم أن يبيعوا العبد ببقية دينهم لان الدين كان ثابتا فى ذمته متعلقا برقبته وقد بطلت الرقبة بالحرية فبقيت الذمة فكان لهم أن يبيعوه ولا يرجع المولى على العبد بما أخذ منه من بدل الكتابة لان المولى حين كاتبه كانت رقبته مشغولة بالدين فكانت مكاتبته اياه مع علمه ان الغرماء أحق منه بكسبه دلالة الرضا بما أخذ منه ولو كان العبد مرهونا أو مؤاجرا فكاتبه وقفت المكاتبة على اجازة المرتهن والمستأجر فان أجازا جاز وان فسخا هل تنفسخ بفسخهما فهو على ما ذكر فى البيوع والاجارات ان شاء الله تعالى وسواء كان المملوك قنا أو غيره حتى لو كانت مدبرة أو أم ولد جازت المكاتبة لقيام الملك اذ التدبير والاستيلاد لا يزيلان الملك وهما من باب استعجال الحرية فان أديا عتقا فقد مضى الامر وان مات المولى قبل الاداء عتقا لانهما يعتقان بموت السيد هذا اذا كانا يخرجان من الثلث فان كانا لا يخرجان من الثلث فأم الولد تعتق من غير اعتبار الثلث ولا تسعى وأما المدبر فله الخيار فى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى جميع الكتابة وان شاء سعى فى ثلثى القيمة اذا كان لا مال له غيره فان اختار الكتابة سعى على النجوم وان اختار السعاية فى ثلثى قيمته يسعى حالا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له لكن عند أبى يوسف يسعى فى الاقل من جميع الكتابة ومن ثلثى القيمة وعند محمد يسعى فى الاقل من ثلثى الكتابة ومن ثلثى القيمة وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب الاستيلاد ومنها الرضا وهو من شرائط الصحة فلا تصح المكاتبة مع الاكراه والهزل والخطا لانها من التصرفات التى تحتمل الفسخ فيفسدها الكره والهزل والخطا كالبيع ونحوه وأما حرية المكاتب فليست من شرائط جواز المكاتبة فتصح مكاتبة المكاتب لما نذكر ان شاء الله تعالى وكذا اسلامه فتجوز مكاتبة الذمى عبده الكافر لقوله صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلمين أن يكاتبوا عبيدهم فكذا لاهل الذمة ولان المكاتبة مشتملة على معنى المعاوضة والتعليق وكل واحد منهما يملكه الذمى حالة الانفراد وكذا عند الاجتماع والذمى اذا ابتاع عبدا مسلما فكاتبه فهو جائز وهذا فرع أصلنا فى شراء الكافر العبد المسلم انه جائز الا أنه يجبر على بيعه صيانة له عن الاستذلال باستخدام الكافر اياه والصيانة تحصل بالكتابة لزوال ولاية الاستخدام بزوال يده عنه بالمكاتبة وأما مكاتبة المرتد فموقوفة فى قول أبى حنيفة فان قتل أو مات على الردة أو لحق بدار الحرب بطلت وان أسلم نفذت وعندهما هى نافذة وهى من مسائل السير والله عز وجل الموفق

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى المكاتبة فأنواع أيضا منها أن لا يكون فيه خطر العدم وقت المكاتبة وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتب ما فى بطن جاريته لم ينعقد لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمكاتبة فيها معنى البيع ومنها أن يكون عاقلا وهو من شرائط الانعقاد حتى لو كاتب عبدا له مجنونا أو صغيرا لا يعقل لا تنعقد مكاتبته

لان القبول أحد شطري الركن وأهلية القبول لا تثبت بدون العقل لان ماهو المقصود من هذا العقد وهو الكسب لا يحصل منه فان كاتبه فأدى البدل عنه رجل فقبله المولى لا يعتق لان العتق لا ينعقد بدون القبول ولم يوجد فكان أداء الاجنبي أداء من غير عقد فلا يعتق وله أن يسترد ما أدى لانه أداه بدلا عن العتق ولم يسلم العتق ولو قبل عنه الرجل الكتابة ورضى المولى لم يجز أيضا لان الرجل قبل الكتابة من غيره من غير رضاه ولا يجوز قبول الكتابة عن غيره بغير رضاه وهل يتوقف على اجازة العبد بعد البلوغ ذكر القدوري أنه لا يتوقف وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي أنه يتوقف والصحيح ماذكره القدوري لان تصرف الفضولي انما يتوقف على الاجازة اذا كان له مجيز وقت التصرف وههنا لا مجيز له وقت وجوده اذ الصغير ليس من أهل الاجازة فلا يتوقف بخلاف ما اذا كان العبد كبيرا غائبا فجاء رجل وقبل الكتابة عنه ورضى المولى ان الكتابة تتوقف على اجازة العبد لانه من أهل الاجازة وقت قبول الفضولي عنه فكان له مجيزا وقت التصرف فتوقف فلو أدى القابل عن الصغير الى المولى ذكر في الاصل أنه يعتق استحسانا وجعله بمنزلة قوله اذا أديت الى كذا فعبدي حر وقال وهذا والكبير سواء والقياس أن لا يعتق لان المكاتبة على الصغير لم تنعقد لانه ليس من أهل القبول فيبقى الاداء بغير مكاتبة فلا يعتق وجه الاستحسان ان المكاتبة فيها معنى المعاوضة ومعنى التعليق والمولى ان كان لا يملك الزام العبد العوض يملك تعليق عتقه بالشرط فيصح من هذا الوجه ويتعلق العتق بوجود الشرط وكذا اذا كان العبد كبيرا غائبا فقبل الكتابة عنه فضولي وأداها الى المولى يعتق استحسانا وليس للقابل استرداد المؤدى والقياس أن لا يعتق وله أن يسترد لما قلنا هذا اذا أدى الكل فان أدى البعض فله ان يسترد قياسا واستحسانا لانه انما أدى ليسلم العتق والعتق لا يسلم بأداء بعض بدل الكتابة فكان له أن يسترد الا اذا بلغ العبد فأجاز قبل أن يسترد القابل فليس له أن يسترد بعد ذلك لان بالاجازة استند جواب العقد الى وقت وجوده والاداء حصل عن عقد جائز فلا يكون له الاسترداد فلو ان العبد عجز عن أداء الباقي ورد في الرق فليس له أن يسترد أيضا وان رد العبد في الرق لان المكاتبة لا تنفسخ بالرد في الرق بل تنتهي في المستقبل فكان حكم العقد قائما في القدر المؤدى فلا يكون له الاسترداد بخلاف باب البيع بأن من باع شيأ ثم تبرع انسان بأداء الثمن ثم فسخ البيع بالرد بالعيب أو بوجه من الوجوه ان للمتبرع أن يسترد ما دفع لان الدفع كان بحكم العقد وقد انفسخ ذلك العقد وكذلك لو تبرع رجل بأداء المهر عن الزوج ثم ورد الطلاق قبل الدخول انه يسترد منها النصف لان الطلاق قبل الدخول فسخ من وجه ولو كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بها فله أن يسترد منها كل المهر ولا يكون المهر للزوج بل يكون للمتبرع لانفساخ النكاح هذا كله اذا أدى القابل فلو امتنع القابل عن الاداء لا يطالب بالاداء الا اذا ضمن فحينئذ يؤخذ به بحكم الضمان فأما بلوغه فليس بشرط حتى لو كاتبه وهو يعقل البيع والشراء جازت المكاتبة ويكون كالكبير في جميع أحكامه عندنا خلافا للشافعي لان المكاتبة اذن في التجارة واذن الصبي العاقل بالتجارة صحيح عندنا خلافا له وهي من مسائل المأذون

﴿ فصل ﴾ وأما الذي يرجع الى بدل الكتابة فمنها أن يكون مالا وهو شرط الانعقاد فلا تنعقد المكاتبة على الميتة والدم لانهما ليسا بمال في حق أحد لا في حق المسلم ولا في حق الذمي ألا ترى ان المشتري بهما لا يملك وان قبض ولا تنعقد عليهما المكاتبة حتى لا يعتق وان أدى لان التصرف الباطل لا حكم له فكان ملحقا بالعدم الا اذا كان قال على أنك ان أديت الى فأنت حر فأدى فانه يعتق بالشرط واذا عتق بالشرط لا يرجع المولى عليه بقيمته لان هذا ليس بكتابة انما هو اعتاق معلق بالشرط بمنزلة قوله ان دخلت الدار فأنت حر ومنها أن يكون متقوما وانه من شرائط الصحة فلا تصح مكاتبة المسلم عبده المسلم أو الذمي على الخمر أو الخنزير ولا مكاتبة الذمي عبده المسلم على الخمر والخنزير لان الخمر وان كان مالا في حق المسلمين فهي غير متقومة في حقهم فانعقدت المكاتبة على الفساد فان أدى يعتق وعليه قيمة نفسه لان هذا حكم المكاتبة الفاسدة على ما نذكر في بيان حكم المكاتبة أما الذمي فتجوز مكاتبته عبده الكافر على

خمر أو خنزير لان ذلك مال متقوم عندهم كالخل والشاة عندنا فان كاتب ذمى عبداله كافرا على خمر فأسلم أحدهما فالمكاتبة ماضية وعلى العبد قيمة الخمر لان المكاتبة وقعت صحيحة لكون الخمر مالا متقوما فى حقهم الا أنه اذا أسلم أحدهما فقد تعذر التسليم أو التسلم لان المسلم منهى عن ذلك فتجب قيمتها ولا ينفسخ العقد بخلاف ما اذا اشترى الذمى من ذمى شيأ بخمر ثم أسلم أحدهما قبل قبض الثمن الخمر ان البيع يبطل وههنا لا تبطل المكاتبة لان عقد المكاتبة مبناه على المساهلة والمسامحة نظرا للعبيد ايصالا لهم الى شرف الحرية فلا ينفسخ بتعذر تسليم المسمى أو تسلمه بل يصار الى بدله فاما البيع فعقد مماكسة ومضايقة لا تجرى فيه من السهولة ما يجرى فى المكاتبة فينفسخ عند تعذر تسليم عين المسمى ويرتفع واذا ارتفع لا يتصور تسليم القيمة مع ارتفاع سبب الوجوب ومنها ان يكون معلوم النوع والقدر وسواء كان معلوم الصفة أولا وهو من شرائط الانعقاد فان كان مجهول القدر أو مجهول النوع لم ينعقد وان كان معلوم النوع والقدر مجهول الصفة جازت المكاتبة والاصل ان الجهالة متى فحشت منعت جواز المكاتبة والا فلا وجهالة النوع والقدر جهالة فاحشة وجهالة الصفة غير فاحشة فانه روى عن عمر رضى الله عنه انه أجاز المكاتبة على الوصفاء بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم فيكون اجماعا على الجواز والاجماع على الجواز اجماع على سقوط اعتبار هذا النوع من الجهالة فى باب الكتابة وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا كاتب عبده على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار لم تنعقد حتى لا يعتق وان أدى لان الثوب والدار والحيوان مجهول النوع لاختلاف أنواع كل جنس وأشخاصه اختلافا متفاحشا وكذا الدور تجرى مجرى الاجناس المختلفة لتفاحش التفاوت بين دار ودار فى الهيئة والتقطيع وفى القيمة باختلاف المواضع من البلدان والمحال والسكك ولهذا منعت هذه الجهالة صحة التسمية والاعتاق على مال والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فصارت هذه الاشياء لكثرة التفاوت فى أنواعها وأشخاصها بمنزلة الاجناس المختلفة فيصير كانه كاتبه على ثوب أو دابة أو حيوان أو دار فادى طعاما ولو كان كذلك لا يعتق وان أدى أعلى الثياب والدواب والدور بخلاف ما اذا كاتبه على قيمة فادى القيمة انه يعتق لان التفاوت بين القيمتين لا يلحقهما بجنسين فكانت جهالة القيمة مفسدة للعقد لا مبطلة له وان كاتبه على ثوب هروى أو عبد أو جارية أو فرس جازت المكاتبة لان الجهالة ههنا جهالة الوصف انه جيد أو ردىء أو وسط وانها لا تمنع صحة التسمية كما فى النكاح والخلع والاصل ان الحيوان يثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بغير المال كما فى النكاح ونحوه فتصح التسمية ويقع على الوسط كما فى باب الزكاة والدية والنكاح وكذا لو كاتبه على وصيف يجوز ويقع على الوسط ولو جاء العبد بقيمة الوسط فى هذه المواضع يجبر المولى على القبول كما فى النكاح والخلع ونحوهما ولو كاتبه على لؤلؤة أو ياقوتة لم ينعقد لان الجهالة متفاحشة ولو كاتبه على كر حنطة أو ما أشبه ذلك من المكيل والموزون ولم يصف يجوز وعليه الوسط من جنسه لانه ثبت دينا فى الذمة فى مبادلة المال بالمال اذا كان موصوفا ويثبت فى مبادلة ما ليس بمال بمال وان لم يكن موصوفا كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد والاعتاق على مال والمكاتبة معاوضة ما ليس بمال بمال فى جانب المولى فتجوز المكاتبة عليه ويجب الوسط ولو كاتبه على حكمه أو على حكم نفسه لم تنعقد لان الجهالة ههنا أفحش من جهالة النوع والقدر لان البدل هناك مسمى ولا تسمية للبدل ههنا رأسا فكانت الجهالة أكثر والى هذا أشار فى الاصل فقال أرأيت لو حكم المولى عليه بملء الارض ذهبا كان يلزمه أو حكم العبد على نفسه بفلس هل كان يعتق فلم ينعقد العقد أصلا فلا يعتق بالحكم وان كاتب على ألف درهم الى العطاء أو الى الدياس أو الى الحصاد أو نحو ذلك مما يعرف من الاجل جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الاجل مجهول وجهالة الاجل تبطل البيع فتبطل المكاتبة وجه الاستحسان ان الجهالة لم تدخل فى صلب العقد لانها لا ترجع الى البدل وانما دخلت فى أمر زائد ثم هى غير متفاحشة فلا توجب فساد المكاتبة كجهالة الوصف بخلاف البيع الى هذه الاوقات انه يفسد لان الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها بل لافضائها الى المنازعة والمنازعة قل ما تجرى فى هذا القدر فى المكاتبة لان مبناها على المسامحة

بخلاف

بخلاف البيع فان ثمّ مبناه على المماكسة فيفضي الى المنازعة ولهذا اجازت الكفالة الى هذه الاوقات ولم يجز تأجيل الثمن اليها في البيع بخلاف المكاتبة الى مجيء المطر وهبوب الريح لانه ليس لذلك وقت معلوم فتفحشت الجهالة فان كاتبه الى العطاء فاخر العطاء فان الاجل يحل في مثل الوقت الذي كان يخرج فيه العطاء لان المراد به العرف والعادة وقت العطاء لا عين العطاء وكذا في الحصاد والدياس ولو كاتبه على قيمته فالمكاتبة فاسدة لان القيمة تختلف بتقويم المقومين فكان البدل مجهول القدر وانه مجهول جهالة فاحشة ولهذا امنعت صحة التسمية في باب النكاح حتى عدل الى مهر المثل فتمنع صحة المكاتبة بل أولى لان النكاح يجوز بدون تسمية البدل ولا جواز للمكاتبة من غير تسمية للبدل فلما لم تصح تسمية القيمة هناك فلان لا تصح ههنا أولى ولان جهالة القيمة موجب للعقد الفاسد فكان ذكرها نصا على الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على عبد لان جهالة العبد جهالة الوصف أي جيد او رديء أو وسط فعند الاطلاق يقع على الوسط والوسط معلوم عندهم ألا ترى ان أبا حنيفة جعل قيمة الوسط أربعين دينارا فاما المكاتبة على القيمة فليست بمكاتبة على بدل معلوم عند الناس عند اطلاق الاسم فصار كالو كاتبه على ألف أو على ألفين غيرانه اذا أدى القيمة عتق لان العقد الفاسد له حكم في الجملة عندنا كالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض والنكاح الفاسد اذا اتصل به الدخول حتى يثبت الملك في البيع وتجب العدة والعقر ويثبت النسب في النكاح وكذا المكاتبة الفاسدة ولو قال كاتبتك على دراهم فالمكاتبة باطلة ولو أدى ثلاثة دراهم لا يعتق لان البدل مجهول جهالة متفاحشة وليس للدراهم وسط معلوم حتى يقع عليه الاسم بخلاف ما اذا قال أعتقتك على دراهم فقبل العبد عتق وتلزمه قيمة نفسه لان العتق هناك وقع بالقبول والجهالة متفاحشة فلزمه قيمة نفسه ولو كاتبه على أن يخدمه شهرا فهو جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس ان الخدمة مجهولة لانها مختلفة ولا يدري في أي شيء يستخدمه وانه يستخدمه في الحضر أو في السفر وجهالة البدل تمنع صحة الكتابة وجه الاستحسان ان الخدمة المطلقة تنصرف الى الخدمة المعهودة فتصير معلومة بالعادة وبحال المولى انه في أي شيء يستخدمه وبحال العبد انه لاي شيء يصلح فصار كما لو عينها نصا ولهذا جازت الاجارة على هذا الوجه فالمكاتبة أولى لانها أقبل للجهالة من الاجارة ولو كاتبه على ان يخدم رجلا شهرا فهو جائز في القياس كذا ذكره في الاصل ولم يرد به قياس الاصل لان ذلك يقتضي ان لا يجوز لما ذكرنا وانما أراد به القياس على الاستحسان الذي ذكرنا ويجوز القياس على موضع الاستحسان اذا كان الحكم في الاستحسان معقول المعنى كقياس الجماع ناسيا على قياس الاكل والشرب ناسيا ولان المنافع أموال في العقود وانها تصير معلومة بذكر المدة فلا فرق بين ان يستأجر رجلا ليخدمه أو ليخدم غيره وكذلك لو كاتبه على ان يحفر بئرا قد سمى له طولها وعمقها ومكانها أو على ان يبني له دارا او أراه آجرها وجصها وما يبني بها لانه كاتبه على بدل معلوم ألا ترى ان الاجارة عليه جائزة فالكتابة أولى ولو كاتبه على أن يخدمه ولم يذكر الوقت فالكتابة فاسدة لان البدل مجهول ومنها ان لا يكون البدل ملك المولى وهو شرط الانعقاد حتى لو كاتبه على عين من أعيان مال المولى لم يجز لانه يكون مكاتبة بغير بدل في الحقيقة فلا يجوز كما اذا باع دار من انسان بعبد هو لصاحب الدار انه لا يجوز البيع لانه يكون بيعا بغير ثمن في الحقيقة كذا هذا وكذا لو كاتبه على ما في يد العبد من الكسب وقت المكاتبة لان ذلك مال المولى فيكون مكاتبة على مال المولى فلم يجز وأما كون البدل دينا فهل هو شرط جواز الكتابة بان كاتبه على شيء بعينه من عبد أو ثوب أو دار أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وهو ليس من أعيان مال المولى ولا كسب العبد ولكنه ملك أجنبي وهو معين مشار اليه ذكر في كتاب المكاتب اذا كاتب عبده على عبد بعينه لرجل لم يجز ولم يذكر الخلاف وذكر في كتاب الشرب اذا كاتبه على أرض لرجل جاز ولم يذكر الخلاف وذكر ابن سماعة الخلاف فقال لا يجوز عند أبي حنيفة ويجوز عند أبي يوسف وعند محمد ان أجاز صاحبه جاز والا لم يجز واطلاق رواية كتاب المكاتب يقتضي ان لا يجوز أجاز أو لم يجز واطلاق رواية كتاب الشرب يقتضي الجواز أجاز أو لم يجز ولانه لما جاز عند عدم الاجازة فعند الاجازة أولى ويجوز أن يكون قول محمد

تفسيراللروايتين المبهمتين فتحمل رواية كتاب المكاتب على حال عدم الاجازة ورواية كتاب الشرب على حال الاجازة وجه رواية كتاب المكاتب انه كاتبه على مال لا يملك لانه كاتبه على عبد هو ملك الغير فلا يجوز وبه علل فى الاصل فقال لانه كاتبه على مالا يملك لانه كاتبه على ملك الغير وشرح هذا التعليل ان المكاتبة عقد وضع لاكتساب المال والعبد لا يقدر على اكتساب هذا العين لا محالة لان مالك العبد قد يبيعه وقد لا يبيعه فلا يحصل ما وضع له العقد ولا نا لو قضينا بصحة هذه المكاتبة لفسدت من حيث تصح لانه اذا كاتبه على عبد هو ملك الغير ولم يجز المالك فقد تعذر عليه التسليم فكان موجبها وجوب قيمة العبد فيصير كانه كاتبه على قيمة عبد فيفسد من حيث يصح وما كان فى تصحيحه افساده فيقضى بفساده من الاصل أو يقال اذا تعذر عليه التسليم فاما ان تجب على قيمة العبد أو قيمة نفسه وكل ذلك فاسد وجه رواية كتاب الشرب وهو المروى عن أبى يوسف أيضا ان المكاتبة فى معنى الاعتاق على مال ثم لو أعتق عبده على عبد بعينه لرجل فقبل العبد جاز وجه ماروى عن محمد من التوقف على الاجازة ان هذا عقد له مجيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة كالمبيع وكذلك كل ما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل أو موزون لان هذه الاشياء كلها تتعين فى العقود بالتعيين فكانت كالعبد ولو قال كاتبتك على ألف فلان هذه جازت المكاتبة لان الدراهم لا تتعين بالتعيين فى عقود المعاوضات فيقع العقد على مثلها فى الذمة لا على عينها فيجوز وان أدى غيرها عتق لان المكاتبة وقعت على ما فى الذمة وسواء كان البدل قليلا أو كثيرا لان دلائل جواز المكاتبة لا يفصل بين القليل والكثير وسواء كان مؤجلا أو غير مؤجل عندنا وعند الشافعى لا يجوز الا مؤجلا وهو على قلب الاختلاف فى السلم انه لا يجوز الا مؤجلا عندنا وعنده يجوز مؤجلا وغير مؤجل فالحاصل انه لا خلاف فى جواز المكاتبة على بدل مؤجل واختلف فى الجواز على بدل غير مؤجل قال أصحابنا يجوز وقال الشافعى لا يجوز الا مؤجلا منجما بنجمين فصاعدا وجه قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد لانه معسر لا مال له والعجز عن التسليم عند العقد يمنع انعقاده بدليل انه لو طرأ على العقد يرفعه فاذا قارنه يمنعه من الانعقاد من طريق الاولى لان المنع أسهل من الرفع وكذا مأخذ الاسم يدل على ما قلنا فان الكتابة مأخوذة من الكتاب والكتاب يذكر بمعنى الاجل قال الله عز وجل وما أهلكنا من قرية الا ولها كتاب معلوم أى أجل لا يتقدم ولا يتأخر فسمى هذا عقد كتابة لكون البدل فيه مؤجلا ويذكر بمعنى الكتاب المعروف وهو المكتوب سمى العقد بذلك لان البدل يكتب فى الديوان والحاجة الى الكتابة للمؤجل لا للحال فكان الاجل فيه شرطا كالمسلم لما كان مأخوذا من التسليم كان تسليم رأس المال فيه شرطا لجواز السلم وكذا الصرف لما كان ينبئ عن نقل البدل من يد الى يد كان القبض فيه من الجانبين شرطا كذا هذا ولنا قوله عز وجل فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا من غير فصل بين الحال والمؤجل ولان بدل الكتابة دين يجوز الاستبدال به قبل القبض فلا يشترط فيه التأجيل كسائر الديون بخلاف بدل الصرف والسلم وأما قوله ان العبد عاجز عن تسليم البدل عند العقد فمسلم لكن الاداء يكون بعد العقد ويحتمل حدوث القدرة بعده بانه يكتسب مالا بقبول هبة أو صدقة فيؤدى بدل الكتابة وأما مأخذ الاسم فالكتابة تحتمل معان يقال كتب أى أوجب قال الله تعالى كتب على نفسه الرحمة وكتب أى ثبت قال الله تعالى كتب فى قلوبهم الايمان وكتب أى حكم وقضى قال الله تعالى كتب الله لاغلبن أنا ورسلى وشئ من هذه المعانى لا ينبئ عن التأجيل ثم اذا كانت المكاتبة حالة فان أدى البدل حين طالبه المولى بها والا يرد فى الرق سواء شرط ذلك فى العقد أو لم يشرط بان قال له ان لم تؤدها الى حالة فانت رقيق أو لم يقل لانه كاتبه على بدل موصوف بصفة الحلول فلم يكن راضيا بدون تلك الصفة وكذلك اذا كانت منجمة بنجوم معلومة فعجز عن أول نجم منها رد الى الرق فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يرد حتى يتوالى عليه نجمان احتج أبو يوسف بما روى عن على رضى الله عنه انه قال المكاتب اذا توالى عليه نجمان رد فى الرق فقد شرط حلول

نجمين للرد فى الرق ولان العجز لا يتحقق الا عند حلول نجمين لجواز ان يقرضه انسان أو يحصل له مال من موضع آخر فيؤدى فاذا اجتمع عليه مال نجمين فقد تحقق عجزه ولهما ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه كاتب عبد الله فعجز عن نجم واحد فرده الى الرق والظاهر ان ذلك كان على علم من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان المولى شرط عليه فى كل نجم قدرا من المال وانه شرط معتبر مفيد من شرائط الكتابة فكان له أن يرده الى الرق عند فواته كما لو عجز عن نجمين وأما احتجاجه بقول على رضى الله عنه فغير سديد لانه احتجاج بالسكوت لان فيه انه اذا توالى عليه نجمان يرد الى الرق وليس فيه انه اذا كسر نجما واحدا ماذا حكمه أو يحمل على الندب وبه نقول ان المكاتب اذا كسر نجما يندب مولاه الى أن لا يرده الى الرق ما لم يتوالى عليه نجمان رفقا به ونظرا فان عجز عن نجمين على أصله أو عن نجم على أصلهما فان كان له مال حاضر أو غائب مرجو حضوره بان قال لى مال على انسان أو حل يجىء فى القافلة فان القاضى ينتظر فيه يومين أو ثلاثة استحسانا لان هذا القدر من التأخير مالا ضرر فيه على المولى وفيه رجاء وصول كل واحد منهما الى حقه فيفعل القاضى ذلك عند رجاء الوصول ولو اختلف المولى والمكاتب فى قدر البدل أو جنسه بان قال المولى كاتبتك على ألفين أو على الدنانير وقال العبد كاتبتنى على ألف أو على الدراهم فالقول قول المكاتب فى قول أبى حنيفة الآخر سواء كان قد أدى عن بدل الكتابة شيأ أو كان لم يؤد وكان يقول أولا يتحالفان ويترادان كالبيع لان فى المكاتبة معنى المبادلة ثم رجع وقال القول قول المكاتب لانه المستحق عليه ومتى وقع الاختلاف فى قدر المستحق أو جنسه فالقول قول المستحق عليه فى الشرع كما فى سائر الديون ولان القياس يمنع التحالف لما نذكر فى كتاب البيوع ان شاء الله تعالى الا أن الشرع ورد بخلاف القياس فى البيع وانه مبادلة المال بالمال مطلقا والكتابة بخلافه فلم تكن فى معنى البيع فلا يقاس عليه والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى نفس الركن من شرائط الصحة فخلوه عن شرط فاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد الداخل فى صلب العقد من البدل فان لم يخالف مقتضى العقد جاز الشرط والعقد وان خالف مقتضى العقد لكنه لم يدخل فى صلبه يبطل الشرط ويبقى العقد صحيحا وانما كان كذلك لان عقد الكتابة فى جانب المعقود عليه وهو العبد بمنزلة الاعتاق لما فيه من فك الحجر واسقاطه والاعتاق مما لا يبطله الشروط الفاسدة وفيما يرجع الى البدل وجانب المولى بمنزلة البيع لان المولى عقد عقدا يؤول الى زوال ملكه عنه فكان كالبيع والبيع مما يفسده الشروط الفاسدة لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط فيجعل من الشروط الداخلة فى صلب العقد كالبيع فيعمل فيه الشرط الفاسد وفيما لا يدخل فى صلب العقد من الشروط يجعل كالاعتاق فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد عملا بالمعنيين جميعا بقدر الامكان وعلى هذا مسائل اذا كاتب جارية على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو على أن يطأها مرة فالكتابة فاسدة لانه شرط فاسد لكونه مخالفا مقتضى العقد لان عقد المكاتبة يوجب حرمة الوطء وانه دخل فى صلب العقد لدخوله فى البدل حيث جعل بدل الكتابة بالف درهم ووطئها فقسدت المكاتبة ولو كاتبه على ألف درهم على أن لا تخرج من المصر أو على أن لا يسافر فالشرط فاسد لانه يخالف مقتضى العقد لان العقد يقتضى انفكاك الحجر وانفتاح طريق الاطلاق له الى أى بلد ومكان شاء فيفسد الشرط لكن لا يفسد عقد الكتابة لانه شرط لا يرجع الى صلب العقد ومثله من الشروط لا يوجب فساد العقد لما بينا من الفقه فلو انها أدت الالف فى المسئلة الاولى عتقت فى قول عامة العلماء وقال بشر بن غياث المريسى لا تعتق وجه قوله ان المولى جعل شرط العتق شيئين الالف ووطأها والمعلق بشرطين لا ينزل عند وجود أحدهما كما اذا كاتبها على ألف ورطل من خمر فأدت الالف دون الخمر ولنا ان الوطء لا يصلح عوضا فى المكاتبة فلا يتعلق العتق به فالتحق ذكره بالعدم بخلاف الخمر فانه يصلح عوضا فى الجملة لكونه مالا مقدور التسليم فلم يلحق بالعدم وتعلق العتق بادائها ثم اذا أدت فعتقت ينظر الى قيمتها فان كانت قيمتها ألف درهم فلا شىء للمولى عليها

ولا لها على المولى لانها مضمونة بالقيمة لكونها مقبوضة بحكم عقد فاسد والمقبوض بحكم عقد فاسد مضمون لانه يجب عليه رده وهو عاجز عن رد عينه فيرد القيمة لقيامها مقام العين كذا ههنا وجب عليها رد نفسها وقد عجزت لنفوذ العتق فيها فترد القيمة وهى ألف درهم وقد وصل بتمامه الى المولى فلا يكون لاحدهما بعد ذلك على صاحبه سبيل كما لو باع رجل من آخر عبده بالف درهم ورطل من خمر وقبض البائع الالف وسلم العبد الى المشترى وهلك فى يده لا يرجع أحدهما على صاحبه لوصول ما يستحقه البائع على المشترى اليه فكذا ههنا وان كانت قيمة الجارية أكثر من ألف رجع المولى عليها بما زاد على الالف لانها مضمونة بكمال قيمتها وما أدت اليه كمال قيمتها فيرجع عليها بما زاد كما اذا باع عبده من ذمى بألف ورطل من خمر وقبض الالف وسلم العبد وهلك فى يد المشترى وقيمته أكثر من ألف انه يرجع بما زاد لما قلنا كذا هذا وان كانت قيمة المكاتبة أقل من الالف وأدت الالف وعتقت هل ترجع على المولى بما أخذ من الزيادة على قيمتها قال أصحابنا الثلاثة ليس لها ان ترجع وقال زفر لها ان ترجع بالزيادة على المولى وجه قوله ان المولى أخذ منها زيادة على ما يستحقه عليها فكانت الزيادة مأخوذة بغير حق فيجب ردها كما فى البيع الفاسد اذا استهلك المشترى المبيع انه ان كانت قيمته أكثر من الثمن يرجع البائع على المشترى بالزيادة وان كانت قيمته أقل يرجع المشترى على البائع بفضل الثمن كذا ههنا ولنا انها لو رجعت عليه لادى الى ابطال العتق لانها عتقت باداء الكتابة فلو لم يسلم المؤدى للمولى لا يسلم العتق للمكاتبة والعتق سالم لها فيسلم المؤدى للمولى لان عقد المكاتبة مشتمل على المعاوضة وعلى التعليق واعتبار جانب المعاوضة يوجب لها حق الرجوع عليه بما زاد على القيمة واعتبار معنى التعليق لا يوجب لها حق الرجوع كما لو قال لها ان أديت الى ألفا فأنت حرة فادت ألفا وخمسمائة وقيمتها ألف عتقت ولا ترجع عليه بشئ فيقع الشك فى ثبوت حق الرجوع فلا يثبت مع الشك وكذا لو كاتبها وهى حامل على ألف ان ما فى بطنها من ولد فهو له وليس فى المكاتبة أو كاتب أمة على ألف درهم على ان كل ولد تلده فهو للسيد فالمكاتبة فاسدة لانه شرط شرطا مخالفا لموجب العقد لان موجبه ان يكون كل ولد تلده يكون مكاتبا تبعا لها فكان هذا شرطا فاسدا وانه داخل فى صلب العقد لانه يرجع الى البدل فيوجب فساد العقد وان أدت الالف عتقت لما قلنا ثم اذا عتقت ينظر الى قيمتها والى المؤدى على ما ذكرنا وكذا لو كاتب عبده على ألف درهم وعلى ان يخدمه ولم يبين مقدار الخدمة فادى الالف عتق لما قلنا ثم ينظر الى قيمته والى الالف على ما وصفنا ولو كاتبه على ألف منجمة على انه ان عجز عن نجم منها فكتابته ألفا درهم لم تجز هذه المكاتبة لتمكن الغرر فى البدل لانه لا يدرى انه يعجز أو لا يعجز وتمكن الجهالة فيه جهالة فاحشة فيفسد العقد ولنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن صفقتين فى صفقة وهذا كذلك ولو كاتبه على ألف يؤديها الى غرمائه فهو جائز وكذا اذا كاتبه على ألف يضمنها رجل عن سيده فالمكاتبة والضمان جائزان بخلاف البيع اذا باع عبدا بالف درهم يؤديها الى فلان أو على ان يضمنها المشترى عن البائع لفلان ان البيع فاسد لان البيع يفسد بالشرط الفاسد وهو الشرط المخالف لمقتضى العقد والكتابة لا تفسد بالشروط الفاسدة اذا لم تكن فى صلب العقد كما لو كاتبه على ألف على ان لا يخرج من المصر أو لا يسافر الا ان هناك شرط الضمان باطل وههنا جائز لان ضمان المكاتب عن سيده وكفالته عنه بما عليه مقيدا جائز لان ذلك واجب عليه فلا يكون متبرعا فى الضمان وضمان المكاتب عن الاجنبى مطلقا لا يصح لكونه متبرعا ولم يوجد فان كاتبه على ألف درهم منجمة على ان يؤدى اليه مع كل نجم ثوبا وسمى نوعه جاز لان مكاتبته على بدل معلوم حيث سمى نوع الثوب فصار الالف مع الثوب بدلا كاملا وكل واحد منهما معلوم ألا ترى ان كل واحد منهما لو انفرد فى العقد جاز وكذا اذا جمع بينهما وقد قال أصحابنا انه لو ذكر مثل ذلك فى البيع جاز بان يقول بعتك هذا العبد بالف درهم على ان تعطينى معه مائة دينار وتصير الالف والمائة دينار ثمنا لما قلنا كذا ههنا وكذلك ان قال على ان تعطينى مع كل نجم عشرة دراهم وكذلك لو قال على ان تؤدى مع مكاتبتك ألف درهم لان الكل صار بدلا فى العقد ولو كاتبه على ألف درهم وهى قيمته على انه اذا أدى وعتق عليه فعليه ألف أخرى جاز وكان الامر على ما قال اذا

أدى الالف عتق وعليه ألف أخرى بعد العتق لانه لوجعل الالفين جميعا بدل الكتابة لجاز ولوجعلهما جميعا بعد العتق لجاز كذا اذا جعل البعض قبل العتق والبعض بعده اعتبارا للجزء بالكل وان كاتبه على ألف درهم على نفسه وماله يعنى على ان يكون المكاتب أحق بنفسه وماله فهو جائز وان كان للعبد ألف أو أكثر ولا يدخل بينه و بين عبده ربا كذا ذكر فى الاصل وفرق بينه و بين البيع اذا باع عبده مع ماله بألف درهم ومال العبد ألف درهم انه لا يجوز البيع لان الالف يقابل الالف فيبقى العبد زيادة فى عقد المعاوضة لا يقابلها عوض فيكون ربا ولا يتحقق الربا ههنا لان الربا لا يجرى بين العبد وسيده هذا معنى ما أشار اليه فى الاصل ثم مال العبد ما يحصل بعد العقد بتجارته أو بقبول الهبة والصدقة لان ذلك ينسب الى العبد ولا يدخل فيه ما كان من مال المولى فى يد العبد وقت العقد لان ذلك لا ينسب الى العبد ولا يدخل فيه الارش والعقر وان حصلا بعد العقد يكون للمولى لانه لا ينسب الى العبد بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين انه لا يجوز و يكون ربا لان مراد محمد فى قوله انه لا يجرى الربا بين العبد وسيده فيما ليس بمعاوضة مطلقة والكتابة وان كان فيها معنى المعاوضة فليست بمعاوضة مطلقة وجريان الربا يختص بالمعاوضات المطلقة بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لان ذلك معاوضة مطلقة لان المولى كالاجنبى عن كسب المكاتب فهو الفرق ولو اختلفا فقال المولى كان هذا قبل عقد المكاتبة وقال المكاتب كان ذلك بعد العقد فالقول قول المكاتب لان الشئ فى يده فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو قال العبد كاتبنى على ألف درهم على ان أعطيها من مال فلان فكاتبه على ذلك جازت الكتابة لان هذا شرط فاسد والشروط الفاسدة لا تبطل الكتابة اذا لم تكن داخلة فى صلب العقد فلو كاتبه على ألف درهم على انه بالخيار أو على ان العبد بالخيار يوما أو يومين أو ثلاثة أيام جاز لان دلائل جواز الكتابة لا توجب الفصل ولان الحاجة قد تدعو الى شرط الخيار فى المكاتبة كما تدعو اليه فى البيع وهو الحاجة الى التأمل ولان الكتابة عقد قابل للفسخ ولا يعتبر فيه القبض فى المجلس فجاز ان يثبت فيه خيار الشرط كالبيع فان قيل ثبوت الخيار فى البيع استحسان عندكم فلا يجوز قياس غيره عليه فالجواب ما ذكرنا ان عندنا يجوز القياس على موضع الاستحسان بشرطه وهو ان يكون الحكم فى موضع الاستحسان معقول المعنى و يكون مثل ذلك المعنى موجودا فى موضع القياس وقد وجد ههنا على ما ذكرنا ولا يجوز شرط الخيار فيه أكثر من ثلاثة أيام فى قول أبى حنيفة فان أبطل خياره فى الايام الثلاثة جاز كالبيع وان لم يبطل حتى مضت ثلاثة أيام تمكن الفساد كما فى البيع وعندهما يجوز قلت المدة أو كثرت بعد ان كانت معلومة من شهر أو نحو ذلك كما فى البيع

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يملك المكاتب من التصرفات وما لا يملكه فله ان يبيع و يشترى لانه صار مأذونا فى التجارة والبيع والشراء من باب التجارة وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره و بأى جنس كان و بالنقد و بالنسيئة فى قول أبى حنيفة وعندهما لا يملك البيع الا بما يتغابن الناس فى مثله و بالدراهم والدنانير و بالنقد لا بالنسيئة كالوكيل بالبيع المطلق وهى من مسائل كتاب الوكالة وله ان يبيع و يشترى من مولاه لان المكاتب فيما يرجع الى مكاسبه ومنافعه كالحر فكان فيها بمنزلة الاجنبى فيجوز بيعه من مولاه وشراؤه منه كما يجوز ذلك من الاجنبى الا انه لا يجوز له أن يبيع ما اشترى من مولاه مرابحة الا أن يبين وكذلك المولى فيما اشترى منه لان بيع المرابحة بيع أمانة فيجب صيانته عن الخيانة وشبهة الخيانة ما أمكن وكسب المكاتب مال المولى من وجه فيجب أن يبين حتى يرتفع الشبهة ولا يجوز له أن يبيع من مولاه درهما بدرهمين لانه بعقد المكاتبة صار أحق بمكاسبه فصار كالاجنبى فى المعاوضة المطلقة وكذا لا يجوز ذلك للمولى لما بينا وله أن يأذن لعبده فى التجارة لان الاذن فى التجارة وسيلة الى الاكتساب والمكاتب مأذون فى الاكتساب فان لحقه دين بيع فيه الا ان يؤدى عنه المكاتب لان اذنه قد صح فصحت استدانته فيباع فيه كما فى عبد الحر وله أن يحط شيأ بعد البيع لعيب ادعى عليه أو يزيد فى ثمن شئ قد اشتراه لانه بالكتابة صار مأذونا بالتجارة وهذا من عمل التجارة وليس له أن يحط بعد

البيع بغير عيب ولو فعل لم يجز لانه من باب التبرع وهو لا يملك التبرع وله أن يرد ما اشترى بالعيب اذا لم يرض به سواء اشترى من أجنبي أو من مولاه لانه أولى بكسبه من مولاه فصار كالعبد المأذون اذا كان عليه دين وله الشفعة فيما اشتراه المكاتب لان املاكهما متميزة ولهذا اجاز بيع احدهما من صاحبه فصارا كالاجنبيين وله ان يأذن لعبده في التجارة لانه من باب الاكتساب ولا تجوز هبة المكاتب شيأ من ماله ولا اعتاقه سواء عجز بعد ذلك او عتق وترك وفاء لان هذا كله تبرع وكسب المكاتب لا يحتمل التبرع وحكى عن ابن ابي ليلى انه قال عتقه وهبته موقوفان فان عتق يوما مضى ذلك عليه وان رجع مملوكا بطل ذلك ووجه قوله ان حال المكاتب موقوف بين ان يعتق و بين ان يعجز فكذا حال عتقه وهبته والجواب ان العقد عندنا انما يتوقف اذا كان له مجيز حال وقوعه وههنا لا مجيز لعتقه حال وقوعه فلا يتوقف فاذا وهب هبة او تصدق ثم عتق ردت اليه الهبة والصدقة حيث كانت لان هذا عقد لا مجيز له حال وقوعه فلا يتوقف وسواء كان الاعتاق بغير بدل او ببدل أما بغير بدل فلما قلنا وأما ببدل فلان الاعتاق ببدل ليس من باب الاكتساب لان العتق فيه يثبت بنفس القبول ويبقى البدل في ذمة المفلس ولا يملك التعليق كما لا يملك التنجيز كما لو قال له ان دخلت الدار فانت حر لا يصح وكذا اذا قال ان اديت الى ألفا فانت حر لا يصح لان ذلك تعليق وليس بمكاتبة لما ذكرنا في كتاب العتاق وللمكاتب ان يكاتب عبدا من اكسابه استحسانا والقياس ان لا يجوز لانه عقد يفضي الى العتق فلا يجوز كما لو اعتقه على مال وجه الاستحسان ان المكاتبة نوع اكتساب المال والمكاتب يملك اكتساب المال ولهذا املك البيع وكذا المكاتبة بخلاف الاعتاق على مال فان ذلك ليس باكتساب المال الا ترى ان المكتسب بعد الاعتاق لا يكون له بل يكون للعبد وانما المكاتب له دين يتعلق بذمة المفلس فكان ذلك اعتاقا بغير بدل من حيث المعنى وفي المكاتبة المكسب يكون للمكاتب فلم يكن اعتاقا بغير بدل فافترقا وكذا لو اشترى المكاتب ذا رحم محرم منه لا يعتق لان شراء القريب اعتاق وهو لا يملك الاعتاق ولو اشترى ذا رحم محرم من مولاه لا يعتق على مولاه لان هذا كسب المكاتب والمولى لو أعتق عبدا من اكسابه صريحا لا يعتق فبالشراء أولى فان أدى الاعلى أولا عتق وثبت ولاؤه من المولى لان العتق حصل منه فاذا أدى الاسفل بعد ذلك يثبت ولاؤه من الاعلى لانه بالعتق صار من أهل ثبوت الولاء منه وان أدى الاسفل أولا يعتق ويثبت ولاؤه من المولى ولا يثبت من الاعلى لانه ليس من أهل ثبوت الولاء فان عتق بعد ذلك لا يرجع اليه الولاء لان ولاء العتاقة متى ثبت لا يحتمل الانتقال بحال وان أديا جميعا معا ثبت ولاؤهما معا من المولى وليس للمكاتب أن يكاتب ولده ولا والده والاصل ان كل من لا يجوز له أن يبيعه لا يجوز له أن يكاتبه الا أم ولده لان هؤلاء يعتقون بعتقه فلا يجوز أن يسبق عتقهم عتقه ولانهم قد دخلوا في كتابة المكاتب فلا يجوز أن يكاتبوا ثانيا بخلاف أم الولد ولا يملك التصدق الا بشيء يسير حتى لا يجوز له أن يعطى فقيرا درهما ولا أن يكسوه ثوبا وكذا لا يجوز أن يهدى الا بشيء قليل من المأكول وله أن يدعو الى الطعام لان ذلك عمل التجار وقد روى ان سلمان رضى الله عنه أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان مكاتبا فقبل ذلك منه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان ذلك وسيلة الى اداء مال الكتابة لانه يجذب قلوب الناس فيحملهم ذلك على الاهداء اليه فيمكن من أداء بدل الكتابة ويملك الاجارة والاعارة والايداع لان الاجارة من التجارة ولهذا ملكها المأذون بالتجارة والاعارة والايداع من عمل التجار وضرورات التجارة ولا يجوز له أن يقرض لان القرض تبرع بابتدائه وقيل معنى قوله لا يجوز أى لا يطيب للمستقرض أكله لا ان لا يملكه المستقرض حتى لو تصرف فيه نفذ تصرفه لانه تصرف في ملكه ويكون المستقرض مضمونا عليه وهذا كما قلنا في حق الاعتاق انه لا يجوز ومعناه انه لا يطيب له أكله لكنه يكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فاعتقه نفذ اعتاقه لانه أعتق ملك نفسه كذا قرض المكاتب ولا تجوز وصيته لانها تبرع ولا تجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالنفس باذن المولى ولا بغير اذنه لانها تبرع أما الكفالة بالنفس فلانها التزام تسليم النفس من غير عوض والكفالة بالمال التزام تسليم المال من

غير عوض ان كانت بغير اذن المكفول عنه وان كانت باذنه فهى وان كانت مبادلة فى الانتهاء فهى تبرع فى الابتداء والمكاتب ليس من أهل التبرع وسواء أذن المولى فيها أو لم يأذن لان المولى لا يملك كسبه فلا يصح اذنه بالتبرع ويجوز له أن يتوكل بالشراء وان كان ذلك يوجب ضمانا عليه للبائع وهو الثمن لان عند بعض مشايخنا الملك المبيع يثبت له أولا ثم ينتقل منه الى الموكل فصار كالبيع منه وعند بعضهم ان كان لا يثبت له لكن الوكالة من ضرورات التجارة فان أدى فعتق لزمته الكفالة لان الكفالة وقعت صحيحة فى حقه لانه أهل الا انه لا يطالب به فى الحال لانه لم يصح فى حق المولى فاذا عتق فقد زال حق المولى فيطالب به كالعبد المحجور اذا كفل ثم عتق بخلاف الصبى اذا كفل ثم بلغ لان الصبى ليس من أهل الكفالة لانه ليس له قول صحيح فى نفسه بخلاف العبد تصرف فى ملكه وتجوز كفالته عن سيده لان بدل الكتابة واجب عليه فلم يكن متبرعا بها والاداء اليه والى غيره سواء وهل يجوز له قبول الحوالة فهذا على وجهين ان كان عليه دين لانسان وعلى صاحب الدين دين لآخر فاحاله على المكاتب فهو جائز لانه ضمن مالا كان واجبا عليه فلم يكن متبرعا ولا فرق بين أن يؤدى الى هذا والى غيره وان كان لانسان على آخر دين فاحاله على المكاتب وقبل الحوالة وليس عليه دين للذى أحال عليه لا يجوز لانه تبرع وله أن يشارك حرا شركة عنان وليس له أن يشاركه شركة مفاوضة لان مبنى المفاوضة على الكفالة وهو ليس من أهل الكفالة وشركة العنان غير مبنية على الكفالة بل على الوكالة والمكاتب من أهل الوكالة ولو كاتب الرجل عبدين له مكاتبة واحدة على ألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فهذه المسئلة على ثلاثة أوجه اما ان كاتبهما على مال وجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه واما ان كاتبهما على مال ولم يجعل كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه ولكنه قال ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق واما ان كاتبهما على مال ولم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه ولم يقل أيضا ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق أما اذا كاتبهما على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فالقياس أن لا تجوز هذه الكتابة وفى الاستحسان تجوز اذا قبلا وجه القياس ان هذه كتابة بشرط الكفالة وكفالة المكاتب عن غير المولى لا تصح ولانه كفالة ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة باطلة وجه الاستحسان ان هذا ليس بكفالة فى الحقيقة بل هو تعليق العتق بالاداء والمولى يملك تعليق عتقهما باداء كل واحد منهما ولو فعل هكذا كان جائزا كذلك هذا وأما اذا كاتبهما على ألف درهم على انهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق فكذلك الجواب فى قول علمائنا الثلاثة وعند زفر كل واحد منهما مكاتب على حدة فايهما أدى حصته يعتق وجه قوله ان كل واحد منهما يلزمه كتابة نفسه خاصة فلا يجب عليه كتابة غيره ما لم يشترط ولم يوجد الشرط ولنا ان المولى علق عتقهما باداء الالف فما لم يوجد لا يقع العتق كما اذا قال لعبدين له ان دخلتما هذه الدار فانتما حران فدخل أحدهما لا يعتق ما لم يدخلا جميعا فكذلك ههنا لا يعتق واحد منهما الا باداء الالف واذا لم يعتق واحد منهما الا باداء الالف صار جميع الالف على كل واحد منهما فصار كما اذا كفل كل واحد منهما عن صاحبه ونظير هذا الاختلاف ما قلنا فى كتاب الطلاق والعتاق ان من قال لامرأتين له ان شئتما فانتما طالقان أو قال لعبدين له ان شئتما فانتما حران انه على قول زفر أيهما شاء يعتق وانصرف مشيئة كل واحد منهما الى عتق نفسه وطلاق نفسها وفى قول علمائنا الثلاثة ما لم توجد مشيئتهما جميعا فى طلاقهما جميعا أو فى عتقهما جميعا لا يعتق واحد منهما كذلك ههنا وأما الفصل الثالث وهو ما اذا كاتبهما على ألف درهم ولم يقل ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق فايهما أدى حصته فانه يعتق فى قولهم جميعا لانه لم يعلق عتقهما باداءهما جميعا فانصرف نصيب كل واحد منهما اليه خاصة وصار كل واحد منهما مكاتبا على حدة واذا كاتبهما كتابة واحدة فادى أحدهما شيأ منه كان له أن يرجع على صاحبه بنصفه بخلاف ما اذا كان الدين على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فادى أحدهما شيأ انه لا يرجع على صاحبه ما لم يجاوز النصف فاذا جاوز النصف يرجع على صاحبه بالزيادة ووجه الفرق ان فى مسئلتنا هذه لو جعلنا أداء عن نفسه أدى ذلك الى تغيير شرط المولى لانه يعتق ومن شرط

المولى عتقهما جميعا فاذا كان الامر هكذا فكان أداؤه عن نفسه وعن صاحبه حتى لا يؤدى الى تغير شرط المولى وهذا المعنى لم يوجد فى تلك المسئلة فان أداءه عن نفسه لا يؤدى الى تغيير شرط المولى فكان أداؤه عن نفسه الى النصف لان نصف الدين عليه فان مات أحد المكاتبين لا يسقط شئ من الكتابة و يؤخذ من الحى جميع الكتابة و بمثله لو أعتق أحدهما سقطت حصته و وجه الفرق بينهما أن الميت من أهل أن تكون عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب اذا مات عن وفاء يؤدى كتابته وكذا لو ترك ولدا تؤخذ منه الكتابة فاما المعتق فليس من أهل أن تجب عليه الكتابة ألا ترى ان المكاتب لو كان واحدا فاعتقه المولى بطلت عنه الكتابة وكذلك ههنا تبطل حصته والمولى بالخيار ان شاء أخذ بحصته المكاتب وان شاء أخذ المعتق بحق الكفالة فان أخذ المكاتب لا يرجع عليه لانه أدى دين نفسه وان أخذ المعتق وأدى رجع على المكاتب لانه كفيله ولا يجوز للمكاتب أن يتزوج بغير اذن مولاه وكذا المكاتبة لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر ولان المولى يملك رقبة المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين انه لا ينفرد أحدهما بالنكاح ولا يزوج ابنه وابنته لان جواز الانكاح يعتمد الولاية ولا ولاية له اذ هو عبد ولا يزوج عبده لما قلنا ويزوج أمته ومكاتبته لان تزويجهما من باب الاكتساب وعقد الكتابة عقد اكتساب المال بخلاف تزويج العبد لانه يتعلق المهر برقبته فلم يكن اكتسابا و يجوز اقراره بالدين واستيفاؤه لان ذلك من ضرورات التجارة والمكاتبة اذن بالتجارة فكان هو اذنا بما هو من ضرورات التجارة ولا تجوز وصية المكاتب فى ماله وان ترك وفاء أما اذا لم يترك وفاء فلا شك فيه لانه مات عبدا فلا تجوز وصيته وأما اذا ترك وفاء فلانا وان حكمنا بعتقه فانما حكمنا به قبيل الموت بلا فصل وتلك الساعة لطيفة لا تتسع للفظ الوصية ولو أوصى ثم أدى الكتابة فى حال حياته وعتق فان وصيته على ثلاثة أوجه فى وجه لا تجوز بالاجماع وفى وجه تجوز بالاجماع وفى وجه اختلفوا فيه فاما الوجه الذى تجوز بالاجماع فهو ان يقول اذا اعتقت فثلث مالى وصية فادى فعتق ثم مات تجوز وصيته بالاجماع لانه أضاف الوصية الى حال الحرية والحر من أهل الوصية وأما الوجه الذى لا تجوز بالاجماع وهو ان يوصى بعين ماله لرجل فأدى فعتق ثم مات لا يجوز لانه ما أضاف الوصية الى حال الحرية وانما أوصى بعين ماله فيتعلق بملكه فى ذلك الوقت وهو ملك المكاتب وملك المكاتب لا يحتمل التبرع فلا يجوز الا اذا أجاز تلك الوصية بعد العتق فتجوز لان الوصية مما يجوز بالاجازة بدليل ان رجلا لو قال لورثته أجزت لكم أن تعطوا ثلث مالى فلانا كان ذلك منه وصية وأما الوجه الذى اختلفوا فيه فهو ما اذا أوصى بثلث ماله ثم أدى وعتق ثم مات قال أبو حنيفة لا تجوز الوصية الا أن يجددها بعد العتق لانها تعلقت بملك المكاتب وملكه لا يحتمل المعروف وقال أبو يوسف ومحمد تجوز وهذا نظير ما ذكرنا فى كتاب العتاق انه اذا قال العبد أو المكاتب كل مملوك أملكه اذا أعتقت فهو حر فاعتق ثم ملك مملوكا يعتق بالاجماع ولو لم يقل اذا أعتقت لا يعتق بالاجماع ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر فعتق وملك مملوكا لا يعتق فى قول أبى حنيفة وعندهما يعتق والحجج على نحو ما ذكرنا فى العتاق و يجوز للمكاتب قبول الصدقات لقوله تعالى فى آية الصدقات وفى الرقاب قيل فى التفسير ما أداها المكاتبون و يحل للمولى أن يأخذ ذلك من قضاء من المكاتبة و يحل له تناوله بعد العجز وان كان المولى غنيا لان العين تختلف باختلاف أسباب الملك حكما وان كانت عينا واحدة حقيقة والاصل فيه ما روى ان بريرة رضى الله عنها كانت يتصدق عليها وكانت تهدى ذلك الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان يأكل منه و يقول هو لها صدقة ولنا هدية وكذلك الفقير اذا مات وترك مالا جمعه من الصدقات ووارثه غنى يحل له أكله لما قلنا ولو أوصى المكاتب الى رجل أى جعله وصيا ثم مات فان مات من غير وفاء بطل ايصاؤه لانه مات عبدا والعبد ليس من أهل الايصاء وان مات بعد ما أدى بدل الكتابة جاز الايصاء وتكون وصيته كوصية الحر لان الولاية انما تنتقل اليه عند الموت وعند الموت كان حرا فتنتقل الولاية اليه فصار كوصى الحر

وان

وان مات عن وفاء ولم يؤد فى حال حياته فان وصيه يكون وصيا على أولاده الذين دخلوا فى كتابته دون الاولاد الاحرار الذين ولدوا من امرأة حرة ويكون أضعف الاوصياء كوصى الام فيكون له ولاية الحفظ ولا يكون له ولاية البيع والشراء على رواية الزيادات وعلى رواية كتاب القسمة جعل كوصى الاب حيث أجاز قسمته فى العقارات والقسمة تمنع البيع والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملك المولى من التصرف فى المكاتب ومالا يملكه فيشتمل عليه حكم المكاتبة نذكره فى فصل الحكم ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما صفة المكاتبة فنوعان أحدهما انها عقد لازم من جانب المولى اذا كان صحيحا حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب اذا لم يحل نجم أو نجمان على الاختلاف غير لازم فى جانب المكاتب حتى ينفرد بفسخه من غير رضا المولى لانه عقد شرع نظرا للعبيد وتمام نظرهم ان لا يلزم فى حقهم ويجوز رد المكاتب الى الرق وفسخ الكتابة دون قضاء القاضى عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى لا يجوز رده الا عند القاضى لان العقد قد صح فلا ينفسخ الا بقضاء القاضى ولنا ما روى عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما انه أجاز ذلك ولم ينقل عن غيره خلافه واليه أشار فى الاصل فقال بلغنا ذلك عن ابن عمر رضى الله عنهما ولان المكاتب قد ثبت له الخيار فى عقد الكتابة لان له ان يعجز نفسه ومن له الخيار فى العقد اذا فسخ العقد يصح فسخه دون القاضى كالبيع بشرط الخيار وغيره فاما الفاسد منه فغير لازم من الجانبين حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير رضا الآخر لان العقد الفاسد واجب النقض والفسخ حق للشرع رفعا للفساد كالبيع الفاسد وغيره والثانى انها متجزئة فى قول أبى حنيفة وعندهما غير متجزئة لانها عقد يفضى الى العتق والعتق متجزئ عنده وعندهما لا يتجزأ كذا المكاتبة وعلى هذا يخرج ما اذا كاتب رجل نصف عبده انه جازت الكتابة فى النصف وصار نصفه مكاتبا عند أبى حنيفة لان الكتابة متجزئة عنده فصحت فى ذلك النصف لا غير وصار فى النصف الآخر مأذونا بالتجارة لان الكتابة تقتضى وجوب أداء بدل الكتابة ولا يمكنه الاداء الا بالاذن والاذن لا يتجزأ فصار الاذن فى قدر الكتابة اذنا فى الكل فصار مأذونا فى الكل ونصفه مكاتب فان أدى عتق نصفه وصار النصف الآخر مستسعى فان شاء أعتق وان شاء استسعى غير مشقوق عليه بمنزلة رجل اعتق نصف عبده فما اكتسب العبد من قبل الاداء فنصفه له ونصفه للمولى فى قول ابى حنيفة لان نصفه مكاتب ونصفه رقيق وفى قولهما الكسب كله للمكاتب لانه كله صار مكاتبا وما اكتسب بعد الاداء فكله للمكاتب بالاجماع وليس للمولى فيه شئ اما على قولهما فلا يشكل لانه حر عليه دين وأما على أصل ابى حنيفة فلأن المستسعى كالمكاتب وكسب المكاتب له واذا كاتب نصف عبده ثم أراد أن يحول بينه وبين الكسب لم يكن له ذلك لانه لما كاتب نصفه فقد اذن له بالاكتساب لانه لا يتوصل الى اداء بدل الكتابة الا بالكسب فلا يملك الحجر عليه الا بعد فسخ الكتابة ولا يفسخ الا برضاه بخلاف العبد المأذون كله انه يملك حجره ومنعه من الاكتساب لانه انما صار مأذونا بالقول فيصير محجورا عليه بحجره والاذن ههنا لا يثبت بالقول بل بمقتضى الكتابة فلا يصير محجورا عليه الا بفسخ الكتابة فان اراد ان يخرج من المصر فله منعه بالقياس ولكن استحسن ان لا يمنعه وكذلك اذا أراد ان يستخدمه يوما أو يستسعيه يوما ويخلى عنه يوما فالكسب له ذلك فى القياس ولكن استحسن ان لا يتعرض له فى شئ حتى يؤدى أو يعجز كذا ذكر فى الاصل وجه القياس ان نصفه رقيق لم تزل يده عنه فله أن يمنعه من الخروج من المصر لاجل النصف فيقول له ان كان نصفك مكاتبا فالنصف الآخر غير مكاتب فلى المنع فكان له أن يمسكه ويستخدمه يوما كالعبد المشترك ووجه الاستحسان انه بعقد الكتابة صار مأذونا بالاكتساب وذلك بالخروج الى الامصار فلا يجوز له منعه وان يحول بينه وبين الاكتساب بالاستخدام ولا يمكنه أن يخرج بالنصف دون النصف أو يستخدم النصف دون النصف فاما ان يجعل النصف الذى هو مكاتب تبعا

للنصف الذى ليس بمكاتب أو يجعل النصف الذى هو غير مكاتب تبعا للنصف الذى هو مكاتب وهذا الثانى أولى
لان الحرية والرق اذا اجتمعا غلبت الحرية الرق وفى الكتابة شعبة من العتق لانها تعقد للعتق فى المستقبل وهى سبب
من اسبابه واذا كاتب نصف عبده ثم أراد ان يبيع الباقى فان باعه من غير العبد لا يجوز لان حق الحرية تعلق بالرقبة
فلا يجوز بيعه من غيره كما لو اعتق نصفه أو دبر نصفه ثم باعه انه لا يجوز كذا هذا ولان المكاتب له أن يكتسب ويخرج
من المصر بغير اذن المولى فصار كانه باعه بشرط ان لا يسلم الى المشترى ولو فعل هكذا كان البيع فاسدا كذلك هذا
ولو باع نصف نفسه من العبد لا يجوز لان بيع العبد من نفسه بيع فى الحقيقة بل هو اعتاق بمال بدليل ان الولاء يثبت
منه بدليل انه لو باع نفس المدبر من المدبر يجوز ولو كان بيعا لما جاز واذا أعتق نصفه فالعبد بالخيار ان شاء ادى الكتابة
وعتق وان شاء عجز ويسعى فى نصف قيمته لانه توجه اليه وجها عتق فى ذلك النصف عتق باداء الكتابة وعتق
بالسعاية فله ان يميل الى أى الوجهين شاء عبد بين رجلين كاتبه أحدهما فالامر لا يخلو اما أن كاتب نصفه أو كله وكل
ذلك لا يخلو اما أن يكون باذن شريكه أو بغير اذنه واذا أذن فلا يخلو اما ان أذن له بقبض بدل الكتابة أو لم يأذن
فان كاتب نصفه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا لكن لشريكه ان ينقض الكتابة لانه يتضرر به فى الحال
وفى ثانى الحال لانه لا يجوز بيعه فى الحال لان نصفه مكاتب وفى الثانى يصير مستسعى فكان له حق الفسخ
والكتابة تحتمل الفسخ ولا يصح فسخه الا بقضاء القاضى لان الشريك الذى كاتب تصرف فى ملك نفسه فلا
يفسخ تصرفه الا بقضاء القاضى أو برضا العبد فان لم يعلم به الشريك حتى ادى عتق نصفه لان الكتابة نفذت فى
نصيبه فاذا وجد شرط العتق عتق ثم الذى لم يكاتب له ان يرجع على الشريك فيقبض منه نصف ما أخذ لان ما أخذه
كان كسب عبد بينهما فكان له ان يشاركه فى المأخوذ ثم الذى كاتب له أن يرجع على العبد بما قبض شريكه منه لانه
كاتبه على بدل ولم يسلم له الا نصفه فكان له أن يرجع عليه الى تمام البدل وما يكون من الكسب فى يد العبد له نصفه
بالكتابة ونصفه لشريكه الذى لم يكاتب هذا فى الكسب الذى اكتسبه قبل الاداء وأما ما اكتسبه بعد الاداء فهو
له خاصة لانه بعد الاداء يصير مستسعى والمستسعى أحق بمنافعه ومكاسبه من السيد فان اختلف العبد والمولى فقال
العبد هذا كسب اكتسبته بعد الاداء وقال المولى بل اكتسبته قبل الاداء فالقول قول العبد لان الكسب شىء
حادث فيحال حدوثه الى أقرب الاوقات وصار الحكم بعد كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما فان كان موسرا فللشريك
ثلاث اختيارات وان كان معسرا فخياران هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاذا كان باذنه فان كان لم يأذن له بقبض
الكتابة فهذا والاول سواء الا فى فصلين احدهما انه لا يكون له حق الفسخ ههنا لوجود الرضا والثانى انه ليس له ان
يضمنه نصف قيمة العبد بعد ما عتق لانه رضى بالعتاق حيث أذن له فى الكتابة وان كان أذن له بقبض بدل الكتابة
فهذا والاول سواء الا فى ثلاثة فصول اثنان قد ذكرناهما والثالث أن ما قبض ليس له أن يشاركه هذا اذا كاتب
النصف فاما اذا كاتب الكل فهذا والاول سواء الا فى فصل واحد وهو انه اذا أخذ الشريك منه نصف ما قبض
من الكتابة لا يرجع بذلك على المكاتب هذا اذا كان بغير اذن الشريك فاما اذا كان باذنه واجاز قبل أن يؤدى صار
مكاتبا بينهما فلا يعتق جميعه الا باداء الالف اليهما جميعا فاذا ادى اليهما معا عتق وان أدى الى أحدهما أولا لا يعتق
لان المكاتبة وقعت بصيغة واحدة هذا اذا لم يأذن له بقبض الكتابة فان أذن له بقبض الكتابة فان أدى اليهما
عتق كله وان أدى جميعه الى الذى كاتب عتق كله والالف بينهما وان أدى كله الى الشريك لا يعتق حتى يصل نصفه
الى شريكه وهذا كله قول أبى حنيفة وأما على قولهما فان كتابة النصف وكتابة الجميع سواء لان الكتابة عندهما
لا تتجزأ فان لم يجز صاحبه حتى أدى عتق كله ويأخذ الشريك منه نصف ما قبض ولا يرجع هو على العبد بما
قبض منه شريكه ونصف الكسب الفاضل للمكاتب ونصفه للذى لم يكاتب والولاء كله للذى كاتبه ويضمن
حصة شريكه ان كان موسرا ويسعى العبد ان كان معسرا وان اجاز شريكه صار مكاتبا بينهما فان أدى اليهما معا

عتق والولاء بينهما وجميع الكسب للمكاتب وان أدى الى أحدهما لا يعتق حتى يصل نصفه الى الآخر الا اذا
أذن لشريكه بقبض الكتابة فان أدى كله الى المأمور عتق وان أدى كله الى الآمر لا يعتق حتى يصل نصفه الى
المأمور ولو كان عبد بين رجلين كاتب كل واحد منهما نصيبه على الانفراد بان كاتب أحدهما نصيبه على ألف درهم
ثم كاتب الآخر نصيبه على مائة دينار صار نصيب كل واحد منهما مكاتبا له فاذا أدى اليهما عتق وان أدى الى
احدهما عتق نصيبه ولا يشاركه الآخر فيما قبض لانه لما كاتب صار راضيا بكتابته وللمكاتب ان يقضي غريما
دون غريم ونصيب الآخر مكاتب على حاله فاذا أدى نصيب الآخر عتق والولاء بينهما وان لم يؤد نصيب الآخر
ولكنه عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والجواب فيه معروف وكذلك لو كاتب كل واحد جميع العبد صار
نصيب كل واحد منهما مكاتبا له بالبدل الذي سمى فما لم يوجد جميع المسمى لا يعتق والحكم فيه ما ذكرنا ان لو
كاتب كل واحد منهما نصيبه وهذا قول ابى حنيفة وأما على قولهما فكتابة البعض وكتابة الكل سواء فان
أدى اليهما عتق والولاء بينهما وان ادى الى أحدهما أولا عتق كله من المؤدى اليه وثبت الولاء منه و يضمن ان كان
موسرا او يسعى العبد ان كان معسرا الا أن على قول محمد يضمن أو يسعى العبد فى نصف القيمة أو فى كتابة الآخر فى
الاقل منهما وقال ابو يوسف بطلت كتابة الآخر وانما يضمن العبد او يسعى فى نصف قيمته لا غير ولو كان عبد
بين اثنين فكاتباه جميعا مكاتبة واحدة فأدى الى أحدهما حصته لم يعتق حصته منه ما لم يؤد جميع الكتابة اليهما لانهما
جعلا شرط عتقه اداء جميع المكاتبة فلا يعتق الا بوجود الشرط بخلاف ما اذا كان لكل واحد منهما عبد
فكاتباهما جميعا مكاتبة واحدة ان كل واحد منهما يكون مكاتبا على حدة حتى لو أدى حصته يعتق لان ههنا
لو جعل كل نصف مكاتبا على حدة لادى الى تغيير شرطهما لان شرطهما ان يعتق باداء الكل فلا
يعتق احدهما الا باداء جميع الكتابة حتى لا يؤدى الى تغيير الشرط وهذا المعنى لم يوجد هناك لان عتق
أحدهما لا يؤثر فى الآخر فكان الشرط فيه لغوا مكاتب بين رجلين اعتقه أحدهما قال أبو حنيفة لا ضمان عليه
فى ذلك لشريكه موسرا كان أو معسرا لان نصيب الآخر مكاتب على حاله لكون العتق متجزئا عنده فان أدى
عتق والولاء بينهما لوجود الاعتاق منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين أعتقه أحدهما والحكم فيه ما ذكرنا فى كتاب
العتاق وعلى قولهما عتق كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما والولاء له الا ان على قول أبى يوسف صار حكمه حكم
عبد بين اثنين اعتقه أحدهما وعلى قول محمد ان كان المعتق موسرا ينظر الى قدر نصيب شريكه والى باقى الكتابة فأيهما
كان أقل ضمن ذلك وان كان معسرا سعى العبد فى الاقل فان لم يعتقه أحدهما ولكن دبره صار نصيبه مدبرا و يكون
مكاتبا على حاله لان التدبير لا ينافى الكتابة فان أدى الكل عتق والولاء ثابت منهما وان عجز صار كعبد بين اثنين دبره
أحدهما صار نصيبه مدبرا ولشريكه خمس خيارات ان كان موسرا وان كان معسرا فأربع خيارات وهذا قول أبى
حنيفة وفى قولهما صار كله مدبرا لان التدبير لا يتجزأ فبطلت الكتابة و يضمن لشريكه نصف القيمة موسراً
كان أو معسراً فى قول أبى يوسف وعلى قياس قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف القيمة ومن جميع ما بقى
من الكتابة ولو لم يدبره ولكن كاتب جارية فجاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسب الولد منه وصار نصيبه أم ولد له
أما ثبوت النسب فلا خلاف فيه لان المولى اذا ادعى ولد مكاتبته ثبت النسب لان فيه تأويل الملك ثم المكاتبة بالخيار
ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها لانه قد ثبت لها حق الحرية من وجهين فلها ان تختار ايهما
شاءت ولا تصير كلها أم ولد لان الاستيلاد عنده يتجزأ فيما لا يمكن نقل الملك فيه فان مضت على الكتابة أخذت
منه عقرها واستعانت به على أداء بدل الكتابة وان عجزت نفسها وردت الى الرق فانها تصير أم ولد للمستولد لان
المعنى المانع من نقل الملك فيها قد زال و يضمن للشريك نصف قيمتها مكاتبة و نصف عقرها ولا يغرم من قيمة الولد
شيأ وهذا قول أبى حنيفة وعلى قولهما صارت الجارية كلها أم ولد لان الاستيلاد لا يتجزأ و بطلت الكتابة

فيغرم للشريك نصف القيمة ونصف العقر موسراً كان أومعسراً وعلى قول محمد وجب ان يضمن الاقل من نصف العقر ومن كتابة شريكه عبد كافر بين مسلم وذمى كاتب الذمى نصيبه باذن شريكه على خمر جازت الكتابة فى قول أبى حنيفة ولا تجوز فى قول أبى يوسف ومحمد ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصرانى منه من الخمر بناء على ان الكتابة متجزئة عند أبى حنيفة كالعتق فلما كاتب الذمى نصيبه على خمر باذن شريكه وقعت المكاتبة على نصيب نفسه خاصة والذمى اذا كاتب نصيبه على خمر جاز كما لو باع نصيبه بخمر وأما عندهما فالكتابة فاسدة لان من أصلهما ان العقد انعقد لهما حيث كانت باذن شريكه فلما بطل نصيب المسلم بطل نصيب الذمى لانها كتابة واحدة فاذا بطل بعضها بطل كلها ولا شركة للمسلم فيما أخذ النصرانى من الخمر لان المسلم ممنوع من قبض الخمر وان كاتباه جميعا على خمر مكاتبة واحدة لم تجز فى نصيب واحد منهما أما فى نصيب المسلم فلا يشكل وأما فى نصيب الذمى فلان المكاتبة واحدة فاذا بطل بعضها بطل الكل ولو أدى اليهما عتق وعليه قيمته للمسلم وللذمى نصف الخمر وانما عتق بالاداء اليهما لان الكتابة فاسدة وهذا حكم الكتابة الفاسدة انه اذا أدى يعتق كما اذا كاتب المسلم عبده على خمر فادى الا انه لا يسعى فى نصف قيمته للمسلم ولا يسعى فى نصيب الذمى لان الذمى قد سلم له شرطه لان الخمر مال متقوم فى حق المسلم فيسعى فى نصف قيمته له والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم المكاتبة ويندرج فيها بيان ما يملكه المولى من التصرف فى المكاتب ومالا يملكه فنقول وبالله التوفيق المكاتبة أنواع ثلاثة صحيحة وفاسدة وباطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها يتعلق بما قبل أداء بدل الكتابة وبعضها يتعلق بأداء بدل الكتابة اما الاول فزوال يد المولى عن المكاتب وصيرورة المكاتب احق بمنافعه ومكاسبه وصيرورة المولى كالاجنبى عنها وثبوت حق المطالبة للمولى ببدل الكتابة وثبوت حق الحرية للمكاتب لان ما هو المقصود من هذا العقد لا من الجانبين لا يحصل بدونها وهل تزول رقبة المكاتب عن ملك المولى بالكتابة اختلف المشايخ فيه قال عامتهم لا تزول وقال بعضهم تزول عن ملك المولى ولا يملكها العبد بمنزلة البيع بشرط الخيار للمشترى على أصل أبى حنيفة ان المبيع يزول عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وهذا غير سديد لان الملك صفة اضافية فيستحيل وجوده بدون المضاف اليه كسائر الاوصاف الاضافية من الابوة والبنوة والاخوة والشركة ونحوها فلا يتصور وجود مملوك لا مالك له وهكذا نقول فى باب البيع لان البيع فى الحقيقة ملك البائع أو ملك المشترى الا انا لا نعلم ذلك فى الحال لانا لا نعلم ان العقد يجاز أو يفسخ فيتوقف فى علمنا لجهلنا بعاقبة الامر وعند الاجازة أو الفسخ يتبين انه كان ثابتا للمشترى أو للبائع من وقت البيع حتى يظهر فى حق الزوائد هذا معنى قول أبى حنيفة فى تلك المسئلة وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا كاتب عبده كتابة صحيحة صار مأذونا فى التجارة لانه وجب عليه أداء بدل الكتابة ولا يتمكن من الاداء الا بالكسب والتجارة كسب وليس له ان يمنعه من الكسب ولا من السفر ولو شرط عليه ان لا يسافر كان الشرط باطلا والكتابة صحيحة لما مر وليس له ان يأخذ الكسب من يده لان كسبه له ولا يجوز له اجارته ورهنه لان الاجارة تمليك المنفعة ومنافع المكاتب له والرهن اثبات ملك اليد للمرتهن وملك اليد للمكاتب ولا يجوز استخدامه واستغلاله لان ذلك تصرف فى المنفعة والمنافع له ويجوز اعتاقه ابتداء بلا خلاف لان جوازه يعتمد ملك الرقبة وانه قائم سواء كان المولى صحيحا أو مريضا غير انه ان كان صحيحا يعتق مجانا وان كان مريضا والعبد يخرج من الثلث فكذلك وكذلك اذا كان لا يخرج من الثلث لكن اجازت الورثة وان لم تجز الورثة فله الخيار فى قول أبى حنيفة ان شاء سعى فى ثلثى القيمة حالا وان شاء سعى فى ثلثى الكتابة مؤجلا وعند أبى يوسف ومحمد لا خيار له ويسعى فى الاقل لان الكتابة سبقت الاعتاق والاعتاق فى المرض بمنزلة التدبير ولو دبره كان حكمه هذا على ما ذكرنا فى كتاب التدبير كذا اذا أعتقه فى المرض ويجوز له اعتاقه عن الكفارة عندنا خلافا للشافعى والمسئلة تذكر فى كتاب الكفارات ولو أعتق الولد المولود أو المشترى فى

الكتابة جاز ولا يسقط شئ من بدل الكتابة والقياس ان لا يجوز اعتاقه وهو قول زفر وجه القياس ان فى اعتاقه الولد ابطال حق المكاتب لانه يملك كسب ولده المولود والمشترى و بالاعتاق يبطل واليه أشار فى الاصل فقال لان للمكاتب ان يستخدمهم وجه الاستحسان ان المكاتب انما يسعى فى حرية نفسه وأولاده وقد نال هذا المقصود وانما لا يسقط من بدل الكتابة شئ لان البدل كله على المكاتب فلا يسقط شئ منه بعتق الولد ولو أعتق أم ولد المكاتبة لم يجز لان المكاتب لو عتق كانت هى أم ولد على حالها لانها لم تصر مكاتبة بكتابته فلا تعتق بعتق المكاتب ولا يجوز له بيع المكاتب بغير رضاه بلا خلاف لان فيه ابطال حق المكاتب من غير رضاه وهو حق الحرية فلا يجوز بيعه كالمدبر وأم الولد وان رضى به المكاتب جاز و يكون ذلك فسخا للكتابة لان امتناع الجواز كان لحق المكاتب فاذا رضى فقد زال المانع وذكر ابن سماعة عن محمد ان المولى والمكاتب اذا اجتمعا فى البيع قال البيع لا يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما باعه المولى برضاه فقد تراضيا على الفسخ فيكون اقالة والكتابة تحتمل الاقالة وما روى عن عائشة رضى الله عنها انها اشترت بريرة وكانت مكاتبة محمول على ان ذلك كان برضاها وعلى هذا الهبة والصدقة والوصية ولو كاتب جارية لا يحل له وطؤها والاستمتاع بها لان ذلك انتفاع بها والمولى كالاجنبى فى منافعها ولو وطئها غرم العقر لها تستعين به على أداء بدل الكتابة لانه بدل منفعة مملوكة لها ولو وطئها فعلقت منه ثبت نسب الولد اذا ادعاه لان النسب يثبت بشبهة الملك وتأويل الملك فلان يثبت بحقيقته أولى صدقته المكاتبة أو كذبته لما مر ثم ان جاءت بولد لاكثر من ستة أشهر فعليه العقر وان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا عقر عليه والمكاتبة بالخيار ان شاءت مضت على كتابتها فادت وعتقت وأخذت العقر اذا كان العلوق فى حال الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد وسقط العقر لما ذكرنا فى كتاب الاستيلاد ولو جنى المولى على المكاتب غرم الارش ليستعين به على الكتابة ولو استهلك شيأ من كسبه فهو دين عليه لانه احق بكسبه من المولى فكان فى مكاسبه كالحر وكذا اما استهلك المكاتب من مال المولى لما قلنا ولو اشترى المكاتب امرأته لا ينفسخ النكاح وكذا اذا اشترت المكاتبة زوجها لان الثابت للمكاتب حق الملك لا حقيقة الملك وحق الملك يمنع ابتداء النكاح ولا يمنع البقاء كالعدة انها تمنع من انشاء النكاح واذا طرأت على النكاح لا تبطله ولهذا قال اصحابنا ان المولى اذا زوج ابنته من مكاتبه لا يبطل النكاح بموت الاب لان البنت لا تملك المكاتب حقيقة الملك بل يثبت لها حق الملك فيمنع ذلك من الابتداء ولا يمنع من البقاء فكذا هذا ولو سرق منه يجب القطع على السارق لان المكاتب أحق بمنافعه ومكاسبه فكان له حق الخصومة فيه كالحر فيقطع بخصومته ولو جنى المكاتب على انسان خطأ فانه يسعى فى الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان رقبته مملوكة للمولى الا أنه تعذر الدفع من غير اختيار بسبب الكتابة فصار كالعبد القن اذا جنى جناية ثم اعتقه المولى من غير علمه بالجناية والحكم هناك ما ذكرنا فكذا ههنا فينظر ان كان ارش الجناية أقل من قيمته فعليه ارش الجناية لان المجنى عليه لا يستحق اكثر من ذلك فاذا دفع ذلك فقد سقط حقه وان كانت قيمته أقل من أرش الجناية فعليه قيمته لان حكم الجناية تعلق بالرقبة لكون الرقبة ملك المولى وهى لا تحتمل اكثر من قيمتها فلا يلزمه أكثر من ذلك وكذلك لو جنى جنايات خطأ قبل أن يحكم عليه بالجناية الاولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة وان كثرت جناياته فى قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجب عليه فى كل جناية الاقل من ارشها ومن قيمته وهذا فرع اختلافهم فى أن جناياته تتعلق بالرقبة او بذمته فعندنا تتعلق برقبته والرقبة لا تتسع لاكثر من قيمة واحدة وعنده تتعلق بذمته والذمة متسعة والصحيح قولنا لما ذكرنا ان رقبته مملوكة للمولى فانها متقوم والدفع فى الجملة بان يعجز فيدفع الا انه تعذر الدفع بالمنع السابق وهو الكتابة من غير اختيار فصار كما لو جنى جنايات ثم اعتقه المولى من غير علمه بها وهناك لا يلزمه الا قيمة واحدة كذلك ههنا هذا اذا جنى ثانيا قبل ان يحكم عليه الحاكم بالاولى فاما اذا حكم الحاكم بالاولى ثم جنى ثانيا فانه يلزمه قيمة أخرى بالجناية الثانية لانه لما حكم الحاكم فقد انتقلت الجناية من رقبته الى ذمته

فحصلت الجناية الثانية والرقبة فارغة عن جنايته متعلقة بها فصار بمنزلة الجناية المبتدأة فرق بين هذا وبين ما اذا حفر المكاتب بئراً على قارعة الطريق فوقع فيها انسان ووجب عليه أن يسعى فى قيمته يوم حفر ثم وقع فيها آخر انه لا يلزمه اكثر من قيمة واحدة سواء حكم الحاكم بالاولى أو لم يحكم ووجه الفرق ان هناك الجناية واحدة وهى حفر البئر فالضمان الذى يلزمه انما يلزمه بسبب واحد فوقوع الثانى وان كان بعد حكم الحاكم لكن بسبب سابق على حكمه فصار كانه قتلهما دفعة واحدة فلا يلزمه الا قيمة واحدة فاما ههنا فقد تعددت الجناية والثانية حصلت بعد فراغ رقبته عن الاولى وانتقالها الى ذمته فيتعدد السبب فيتعدد الحكم ولو سقط حائط مائل اشهد عليه على انسان فقتله فعليه ان يسعى فى قيمته لان المكاتب يملك النقض فيصح الاشهاد عليه كما فى الحر ويجب عليه قيمة نفسه كما لو قتل آخر خطأ وكذلك اذا وجد فى دار المكاتب قتيل فعليه ان يسعى فى قيمته اذا كانت قيمته أكثر من الدية فينتقص منها عشرة دراهم فان جنى جنايات ثم عجز قبل ان يقضى بها دفعه مولاه بها أو فداه وان قضى عليه بالسعاية ثم عجز فهى دين فى رقبته يباع فيه لانه اذا لم يقض عليه لم تصر القيمة دينا فى رقبته فهو كعبد قن جنى جناية انه يخاطب مولاه بالدفع أو الفداء واذا قضى عليه بالقيمة صار ذلك دينا فى رقبته فاذا عجز صار حكمه حكم عبد لحقه الدين انه يباع أو يقضى السيد دينه هذا كانت جنايته عمدا بان قتل رجلا عمدا اقتل به لانه لو كان حر لقتل به فالمكاتب أولى هذا اذا جنى المكاتب على غيره فاما اذا جنى غيره عليه فان كان خطأ فالارش له وأرشه أرش العبد اما كون الارش له فلان اجزاءه ملحقة بالمنافع وهو أحق بمنافعه وأما كون ارشه ارش العبد فلانه عبد ما بقى عليه درهم بالحديث فكانت الجناية عليه جناية على العبد فكان ارشها أرش العبيد وان كان عمدا فالمسئلة على ثلاثة أوجه فى وجه يجب القصاص فى قولهم وفى وجه لا يجب القصاص وفى وجه اختلفوا فيه أما الاول فهو أن يقتله رجل عمدا ولم يترك وفاء فللمولى أن يقتل القاتل لانه لم يترك وفاء فقد مات عاجزا فمات عبداً والعبد اذا قتل عمدا يجب القصاص على قاتله ان كان عبدا بالاجماع وان كان حرا عندنا كذلك ههنا وأما الوجه الثانى فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ويترك ورثة أحرارا سوى المولى فلا يجب القصاص لاشتباه ولى القصاص لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى أنه يموت حرا أو عبدا على ما نذكر ان شاء الله تعالى فمن قال مات حرا قال ولاية الاستيفاء للورثة ومن قال مات عبدا قال الولاية للمولى فاشتبه المولى فلم يجب القصاص فان قيل قياس هذه النكتة انه اذا اجتمع المولى والورثة ينبغى أن يجب القصاص لارتفاع الاشتباه عند الاجتماع كالعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر اذا قتل ان لهما أن يجتمعا فيقتلا وكذا العبد المرهون اذا قتل فاجتمع الراهن والمرتهن على القصاص ان لهما أن يستوفياه كذلك ههنا فالجواب ان المانع هو اشتباه المولى وهذا الاشتباه لا يزول بالاجتماع لان الولاية لاحدهما وهو المولى أو الوارث وهذا النوع من الاشتباه لا يزول اجتماعهما بخلاف مسئلة الوصية لان هناك لا اشتباه فان الولاية لصاحب الرقبة لان الملك له وانما لصاحب الخدمة فيها حق فاذا اجتمعا فى الاستيفاء فقد رضى باسقاط حقه ويقول لصاحب الخدمة حق قوى لشبهة الملك فصار بمنزلة عبد بين اثنين قتل فاجتمع الوليان على الاستيفاء وبخلاف مسئلة الرهن فان المستحق للقصاص هناك هو الراهن اذ الملك له الا أن للمرتهن فيه حقا فاذا رضى بالاستيفاء فقد رضى بسقوط حقه وههنا بخلافه على ما بيناه وأما الوجه الثالث فهو أن يقتل عمدا ويترك وفاء ولا وارث له سوى المولى فعلى قول أبى حنيفة وأبى يوسف يجب القصاص للمولى لانه لا اشتباه ههنا لان القصاص يكون للمولى كيفما كان سواء مات حرا أو عبدا وقال محمد لا يجب لان المولى ان لم يشتبه فسبب ثبوت الولاية قد اشتبه لانه ان مات حرا فالولاية تثبت بالارث وان مات عبدا فالولاية تثبت بالملك والجواب عن هذا من وجهين أحدهما ان السبب لم يشتبه لان المسبب واحد وهو الملك والولاء أثر من آثار الملك والثانى ان سلمنا ان السبب قد اشتبه لكن لا اشتباه فى الحكم وهو الولاية لانها ثابتة بيقين فتثبت بأى سبب كان فان قتل ابن المكاتب أو عبده عمدا فلا قود عليه لان المكاتب وهو أبو المقتول أو مولى العبد لو عتق كان القصاص له ولو

عجز كان القصاص للمولى فاشتبه الولي وبهذا علل في الأصل فقال لأني لا أدري انه للمولى أو للمكاتب ومعناه ماذكرنا وان اجتمعا على ذلك لم يقتص أيضا لأن الولاية لأحدهما وهو غير معلوم فان عفوا فعفوهما باطل والقيمة واجبة للمكاتب اما بطلان العفو فأما عفو المولى فلأنه لا يملك كسب المكاتب فلا يصح عفوه وأما عفو المكاتب فلأن القيمة قد وجبت على القاتل فكان ابراء المكاتب تبرعا منه وأنه لا يملك التبرع فان قتل مولى مكاتبه عمدا أو خطأ فلا قصاص عليه في العمد بلا شك لأن رقبته مملوكة له فيصير شبهة سواء ترك وفاء أو لم يترك لا يجب القصاص لما قلنا غير أنه ان ترك وفاء فعلى المولى قيمته يقضى بها كتابته وكذلك لو قتل ابنه لأن القصاص قد سقط بالشبهة فتجب الدية فسقط عنه قدر ماله من الكتابة لأن الأصل ان كل دينين التقيا من جنس واحد في الذمة وليس في اسقاطه ابطال العقد ولا استحق قبضه في المجلس فانه يصير أحدهما بالآخر قصاصا وما بقي يكون لوارثه لا للمولى لأنه قاتله فلا يرثه وانما يصير ذلك قصاصا اذا حل أجل الدية لأن القيمة وجبت عليه بالقتل مؤجلة ولو قتل عبد المكاتبة رجلا خطأ يقال للمكاتب ادفعه أو افده بالدية لأن العبد من تجارته وكسبه فكان التدبير اليه كعبد المأذون جنى جناية خطأ انه يخير المأذون بين الدفع والفداء فالمكاتب أولى بخلاف نفس المكاتب اذا جنى انه يلزمه الأقل من قيمته ومن أرش الجناية لأن نفس المكاتب لا تحتمل النقل بخلاف كسبه واذا لم تحتمل النقل فتعذر الدفع من غير اختيار فصار كما لو أعتق نفس العبد الجاني من غير علمه بالجناية وثمة يلزمه الأقل من قيمته ومن ارش الجناية كذا ههنا ويؤخذ المكاتب بأسباب الحدود الخالصة ونحوها كالزنا والسرقة والشرب والسكر والقذف لا القن لأنه مأخوذ بها فالمكاتب أولى ولا يقطع في سرقته من مولاه لأنه عبده وكذا لا يقطع في سرقته من ابن مولاه ولا من امرأة مولاه ولا من كل ذي رحم محرم من مولاه لأن واحدا من هؤلاء لو سرق حق المولى لا يقطع فكذا مكاتبه وكذا لو سرق واحد من هؤلاء من المكاتب لا يقطع لأن واحدا منهم لو سرق من المولى لا يقطع فكذا اذا سرق من المكاتب ولو سرق منه أجنبي يقطع بخصومته لأن المكاتب أحق بمكاسبه ومنافعه فكان له حق الخصومة كالحر فيقطع بخصومته ويصح من المولى وغيره نسب ولد أمته المكاتبة اذا لم يكن له نسب معروف صدقته المكاتبة أو كذبته جاءت به لأقل من ستة أشهر أو لأكثر لما ذكرنا فيما تقدم انه ادعى نسب ولد جارية مملوكة له رقبة فكان ولدها مملوكا له أيضا ونسب ولد الجارية المملوكة يثبت بالدعوة من غير حاجة الى التصديق ثم الأمة بالخيار ان شاءت عجزت نفسها وان شاءت مضت على الكتابة فان مضت على الكتابة فلها العقر ان كان العلوق في حال الكتابة بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الكتابة لأنها أحق بمنافعها ومكاسبها والمولى كالأجنبي عنها والعقر بدل منافع بضعها فيكون لها وان عجزت نفسها وصارت أم ولد له سقط العقر هذا اذا استولد مكاتبته فان دبر مكاتبته فكذلك هو بالخيار ان شاء نقض الكتابة وان شاء مضى عليها لتوجه العتق اليه من جهتين فكان له الخيار فان مات مولاه وهو لا يخرج من الثلث فقد ذكرنا الاختلاف فيما تقدم ولو ادعى نسب ولد جارية المكاتب وليس له نسب معروف وقد علقت به في ملك المكاتب صحت دعوته لما قلنا ويحتاج فيه الى تصديق المكاتب استحسانا وقد ذكرنا هذا في كتاب الاستيلاد ولا يحبس المكاتب ببدل الكتابة لأنه دين قاصر حتى لا تجوز الكفالة عند عامة العلماء خلافا لابن أبي ليلى هو يقول بأنه دين فتصح الكفالة كسائر الديون ولنا أن حكم الكفالة ثبوت حق المطالبة للكفيل بمثل ما في ذمة الأصيل وهذا لا يتحقق ههنا لأن الثابت في ذمة الأصيل دين يحبس به ودين لا يحبس به فلو جوزنا الكفالة به لم يكن الثابت بها حق المطالبة بمثل ما في ذمة المكفول عنه فلا يتحقق حكم الكفالة بخلاف سائر الديون وأما الذي يتعلق بأداء بدل الكتابة فهو عتق المكاتب ولا يعتق الا بأداء جميع بدل الكتابة عند عامة العلماء وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه وقال علي رضي الله تعالى عنه يعتق بقدر ما أدى ويبقى الباقي رقيقا وقال ابن مسعود رضي الله عنه اذا أعطى مقدار قيمته عتق ثم يصير بمنزلة الغريم وقال عبد الله بن عباس رضي الله عنهما اذا كاتب العبد مولاه فهو غريم من الغرماء وهذا دل على

أن مذهبه ان المكاتب يعتق بنفس الكتابة وقد روى محمد بن الحسن عن شريح مثل ذلك وجه قول على كرم الله وجهه ان المكاتبة عقد معاوضة فاذا أدى العبد بعض بدل الكتابة الى المولى فقد ملك المولى ذلك القدر فلو لم يملك من نفسه ذلك القدر لاجتمع للمولى ملك البدل والمبدل وهذا لا يجوز وجه قول ابن مسعود رضى الله عنه ان قيمة العبد مالية فلو عتق باداء ما هو أقل من قيمته لتضرر به المولى واذا أدى قدر قيمته فلا ضرر على المولى وجه قول ابن عباس رضى الله عنهما انه لو لم يعتق بنفس العقد لوجب للمولى على عبده دين ولا يجب للمولى على عبده دين ولان الكتابة اعتاق على مال ومن أعتق عبده على مال وقبل العبد عتق والمال دين عليه كذلك ههنا وجه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه قول النبى صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقى عليه درهم وهذا نص فى الباب ولان المولى علق عتقه باداء جميع بدل الكتابة فلا يعتق ما لم يؤد جميعه كما لو قال لعبده اذا أديت الى ألفا فانت حر انه لا يعتق ما لم يؤد جميع الالف كذا ههنا ثم العتق كما يثبت باداء بدل الكتابة يثبت بأداء العوض عن بدل الكتابة لان عوض الشىء يقوم مقامه و يسد مسده كانه هو كما فى البيع وغيره على أن بدل الكتابة دين فى ذمة العبد وقضاء الديون يكون باعواضها لا باعيانها وكذا يثبت بالابراء لما نذكر ثم اذا أدى بدل الكتابة وعتق يعتق ولده المولود فى الكتابة بان ولد للمكاتب ولد من أمة اشتراها لانه صار مكاتبا تبعا للاب فيثبت فيه حكم الاصل الا ان للمولى أن يطالب الاب دون الولد لانه لم يدخل فى العقد مقصودا بل تبعا فلا يملك مطالبة التبع حال قيام المتبوع وكما يعتق المكاتب بالاداء من كسبه يعتق بالاداء من كسب ولده لان كسب الولد كسبه فاذا أدى يعتق هو وولده وكذا ولده المشترك فى الكتابة وولد ولده وان سفل والوالدون وان علوا اذا اشتراهم المكاتب يدخلون فى الكتابة كالولد المولود سواء لا فرق بينهم الا فى فصل واحد وهو أنه اذا مات المكاتب من غير مال يقال للولد المشترى وللوالدين اما أن تؤدوا الكتابة حالا والا رددنا كم فى الرق بخلاف الولد المولود فى الكتابة لما نذكر وأما ما سوى الوالدين والمولودين من ذوى الرحم المحرم كالاخ والعم والخال ونحوهم فهل يدخلون فى الكتابة قال أبو حنيفة لا يدخلون وقال أبو يوسف ومحمد يدخلون و يسعون على النجوم بمنزلة الوالدين والمولودين والاصل عندهما ان كل من اذا ملكه الحر يعتق عليه فاذا ملكه المكاتب يتكاتب عليه و يقوم مقامه وجه قولهما ان المكاتبة عقد يفضى الى العتق فيعتبر بحقيقة العتق والحكم فى الحقيقة هذا فكذا فى كسب الكسب المفضى اليه ولهذا اعتبر بحقيقة العتق فى الوالدين والمولودين كذا ههنا ولابى حنيفة ان الاصل أن لا يثبت التكاتب رأسا لان ملك المكاتب ملك ضرورى لكونه مملوكا ما بقى عليه درهم فلا يظهر فى حق التبرع والعتق وانما يظهر فى حق حرية نفسه الا ان حرية ولده وأبويه فى معنى حرية نفسه لمكان الجزئية ولم يوجد فى سائر ذوى الرحم فبقى الامر فيهم على الاصل و بدل القياس من وجه آخر يقتضى أن لا يدخل الولد لانه كسبه وحق الحرية لا يسرى الى اكساب كسب أم الولد والمدبر وانما استحسنا الولاد بحكم الجزئية ولم يوجد والولد المنفصل قبل العقد لا يدخل فى الكتابة و يكون للمولى ولو اختلفا فقال المولى ولد قبل العقد وقالت المكاتبة بعد العقد ينظر ان كان الولد فى يد المولى فالقول قوله انه انفصل قبل العقد وان كان فى يد الامة فالقول قولها و يحكم فيه الحال كمن استأجر عبدا ومضت مدة الاجارة ثم اختلفا فادعى المستأجر الاباق والمؤاجر ينكر انه ينظر ان كان فى الحال آبقا فالقول قول المستأجر وان لم يكن فى الحال آبقا فالقول قول المؤاجر وكذلك هذا فى الطاحونة اذا اختلفا فى انقطاع الماء وجريانه فان كان فى الحال منقطعا فالقول قول المستأجر وان كان جاريا فالقول قول المؤاجر ولو تصادقا فى الاباق والانقطاع واختلفا فى مدة الاباق والانقطاع فالقول قول المستأجر لانه منكر وجوب الزيادة وسواء كان الاداء فى حال حياة العاقدين أو بعد موتهما حتى لو مات المولى فادى المكاتب الى ورثته عتق لان العقد لا ينفسخ بموت المولى بلا خلاف وكذا لو مات المكاتب عن وفاء يؤدى بدل الكتابة الى المولى و يحكم بعتقه عندنا وعند الشافعى لا يعتق و يسلم البدل للمولى بناء على أن عقد الكتابة لا ينفسخ بموت المكاتبة عندنا كما لا ينفسخ بموت المولى وعنده ينفسخ بموت

المكاتب وقد اختلف الصحابة رضى الله عنهم فى المكاتب اذا مات عن وفاء انه يموت حرا أو عبدا قال على رضى الله
عنه وعبد الله بن مسعود رضى الله عنه يموت حرا فيؤدى بدل كتابته ويحكم بحريته وبه أخذ أصحابنا وعن زيد بن
ثابت رضى الله عنه انه يموت عبدا والمال كله للمولى وبه أخذ الشافعى وجه قول الشافعى انه لو عتق لا يخلو اما أن يعتق
قبل موته واما أن يعتق بعد موته لا سبيل الى الاول لان العتق معلق باداء البدل والاداء لم يوجد قبل الموت ولا سبيل
الى الثانى لان محل العتق قد فات لان محله الرق وقد فات بالموت واثبات الشىء فى غير محله محال فامتنع القول بالعتق
ولا يقال انه يعتق مستندا الى آخر جزء من أجزاء حياته وهو قابل للعتق فى ذلك الوقت لان الاصل فيما يثبت مستندا
انه يثبت للحال ثم يستند ألا ترى ان من باع مال الغير توقف على اجازة المالك عند كم فان هلك المال ثم أجاز المالك
لا تلحقه الاجازة لان الحكم يثبت عند الاجازة مستندا فيراعى قيام محل الحكم للحال والمحل ههنا لا يحتمل العتق للحال
فلا يستند ولنا ما روى عن قتادة أنه قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا قال فى المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه
دين بدىء بدين الكتابة ثم بالدين فقال سعيد أخطأ شريح وان كان قاضيا فان زيد بن ثابت رضى الله عنه يقول ان
المكاتب اذا مات عن وفاء وعليه دين بدىء بالدين ثم بالكتابة فاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى الترتيب والميل
على اتفاقهم على بقاء عقد الكتابة بعد الموت فرواية قتادة تشير الى اجماع الصحابة رضى الله عنهم على ما قلنا ومثله
لا يكذب فلا يعتد بخلاف الشافعى لان العتق فى الحقيقة معلق بسلامة البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء
واما معنى لا صورة بأخذ العوض أو الابراء لا بصورة الاداء من المكاتب لان العتق يثبت من غير أداء أصلا بأخذ
المولى وبالابراء وقد سلم البدل للمولى اما صورة ومعنى بالاستيفاء واما معنى لا صورة بالابراء أما طريق الاستيفاء
فلان هذا عقد معاوضة بين المولى والمكاتب وحكمه فى جانب المولى ملك البدل وسلامته وفى جانب المكاتب
سلامة رقبته بالحرية وسلامة أولاده واكسابه حال سلامة البدل للمولى وفى الحال زوال يد المولى عنه وصيرورته
أحق بمنافعه ومكاسبه وقد ثبت الملك فى المبدل للمولى فى ذمة العبد للحال حتى لو تبرع عنه انسان بالاداء وقبل المولى
صح ولو أبرأه جاز الابراء ويعتق ولو أحال المكاتب على غريم له عليه دين من اكسابه وقبل المولى صح وعتق واذا
ثبت الملك للمولى فى البدل كان ينبغى أن يزول المبدل من ملكه وهو رقبة المكاتب وتسلم له رقبته تحقيقا للمساواة
فى عقد المعاوضة اذ المعاوضة فى الحقيقة بين البدل والرقبة كما فى سائر المعاوضات من البيع والاجارة كما فى الخلع
والاعتاق على مال الا أن الزوال لو ثبت ههنا للحال بقى الدين فى ذمة المفلس ويتكاسل فى الاداء فيتضرر به المولى
فيمتنع الناس عن الكتابة فشرع هذا العقد على خلاف موجب المعاوضات فى ثبوت السلامة وزوال المبدل عن
المولى الا بسلامة البدل له على الكمال نظرا للموالى وترغيبا لهم فى عقد الكتابة ونظرا للعبيد ليتوصلوا الى العتق فاذا
جاء آخر حياته وعجز عن الكسب انتقل الدين من ذمته الى أكسابه كما فى الحر الا أن الكسب قد لا يسلم له اما بالهلاك
أو باخذ الورثة فاذا أدى ذلك الى المولى فقد وجد الشرط وهو سلامة البدل للمولى فيسلم المبدل للمكاتب وهو
رقبته له وأما الابراء فهو انه لما بلغ آخر حياته يسقط عنه المطالبة بأداء البدل لعجزه عن الاداء بنفسه وانتقل الى المال
خلفا عن المطالبة عنه فيطالب به وصيه أو وارثه أو وصى القاضى فاذا أدى النائب سقطت المطالبة عن النائب فى آخر
حياته فيبرأ عن بدل الكتابة وتسقط عنه المطالبة فى ذلك الوقت فيعتق فى ذلك الوقت وقد خرج الجواب عما
ذكره الشافعى لما ذكرنا ان الشرط ليس هو من صورة الاداء بل سلامة البدل صورة ومعنى بالاستيفاء أو معنى
بالابراء وقد حصل ومن أصحابنا من قال ان العتق يثبت بعد الاداء مقصورا عليه ويبقى حيا تقديرا لاحراز شرف
الحرية كما يبقى المولى حيا بعد الموت تقديرا لاحراز شرف الكتابة ويثبت العتق فيه وهو مثبت حقيقة ويقدر حيا
على اختلاف طريق أصحابنا فى ذلك على ما عرف فى الخلافيات ولو مات المكاتب وترك وفاء وأولادا أحرارا بأن
ولدوا من امرأة حرة يؤدى بدل كتابته وما فضل يكون ميراثا بين أولاده الاحرار لان المكاتب يعتق فى آخر جزء

من حياته ثم يموت فيموت حرا فيرث منه أولاده الاحرار وكذلك أولاده الذين ولدوا فى الكتابة لانهم صاروا مكاتبين تبعا له فاذا عتق هو فى آخر حياته يعتقون هم أيضا تبعا له فاذا مات هو فقد مات حرا وهم أحرار فيرثونه وكذا أولاده الذين اشتراهم فى الكتابة ووالداه لما قلنا وكذا ولده الذى كوتب معه كتابة واحدة لانه عتق معه فى آخر حياته فيرثه وأما ولده الذى كاتبه كتابة على حدة لا يرثه لانه لا يعتق بعتقه فيموت حرا وولده مكاتب والمكاتب لا يرث الحر ولو مات وترك وفاء وعليه دين أجنبى ودين المولى غير الكتابة وله وصايا من تدبيره وغير ذلك وترك ولدا حرا أو ولدا ولد له فى الكتابة من أمته يبدأ بدين الاجانب ثم بدين المولى ثم بالكتابة والباقى ميراث بين سائر أولاده وبطلت وصاياه أما بطلان وصاياه فلوجهين أحدهما يخص التدبير والثانى يعم سائر الوصايا أما الاول فلان المدبر يعتق بموت السيد والمكاتب ليس من أهل الاعتاق وأما الثانى فلانه اذا أدى عنه بعد الموت فانه يحكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته وذلك زمان لطيف لا يسع الوصية ثم انتقل الملك الى الوارث والملك للموصى له يثبت بعقد الوصية الذى هو فعله فاذا لم يتسع الوقت له لا يمكن اثباته بخلاف الميراث لان الملك ينتقل الى الورثة من غير صنع العبد واذا بطلت الوصايا بقيت الديون وأما ترتيب الديون فيبدأ بدين الاجنبى لان الاصل فى الديون المتعلقة بالتركة انه يبدأ بالاقوى فالاقوى كما فى دين الصحة مع دين المرض ودين الاجنبى أقوى من دين المولى لانه يبطل بالرق دين المولى ولا يبطل دين الاجنبى بل يباع فيه فيبدأ بدين الاجنبى ثم ينظر فى بقية التركة فان كان فيها وفاء بدين المولى وبالكتابة بدئ بدين المولى ثم بالكتابة لان دين المولى أقوى من دين الكتابة بدليل انه تصح الكفالة به ولا تصح بدين الكتابة وكذا المكاتب يملك اسقاط دين المكاتبة عن نفسه قصدا بأن يعجز نفسه ولا يملك اسقاط دين المولى قصدا بل يسقط ضرورة بسقوط الكتابة فكان دين المولى أقوى فيقدم على دين الكتابة وان لم يكن فى التركة وفاء بالديون جميعا بدئ بدين الكتابة لانه لو بدئ بقضاء دين المولى لبطل القضاء لانه اذا قضى ذلك فقد صار عاجزا فيكون قد مات عاجزا فتبطل الكتابة فلم يصح القضاء لانه بالعجز صار رقيقا ولا يجب للمولى على عبده القن دين وليس فى البداءة بقضاء دين الكتابة ابطال القضاء فيكون أولى فيبدأ بالكتابة حتى يعتق ويكون دين المولى فى ذمته فيما يستوفى منه اذا ظهر له مال وما فضل عن هذه الديون فهو ميراث لاولاده الاحرار من امرأة حرة ولاولاده المولودين فى الكتابة لانهم عتقوا بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته فيرثون كالحر الاصل ولو مات وترك وفاء وعليه دين وجناية ومكاتبة ومهر وأولاد أحرار من امرأة حرة وأولاد ولدوا فى الكتابة من أمته وأولاد اشتراهم يبدأ بالدين ثم بالجناية ثم بالكتابة ثم يكون الباقى ميراثا لجميعهم لان الدين أقوى من الكتابة لما بينا ثم ينظر الى ما بقى من المال فان كان فيه وفاء بالكتابة فانه يبدأ بالجناية لانه اذا كان به وفاء بالجناية صار كان المكاتب قن فيقضى عليه بالجناية ومتى قضى عليه بالجناية يصير عاجزا اذا لم يكن فى الباقى وفاء وان لم يكن فى المال وفاء بالكتابة وكان فيه وفاء بالخيار أو لم يكن فقد مات المكاتب عبدا وبطلت الجناية لانه لا حق لصاحب الجناية فى مال العبد وانما كان حقه فى الرقبة وقد فاتت الرقبة وهذا اذا كان القاضى لم يقض بالجناية فى حال حياته فان كان القاضى قضى عليه بالجناية صار حكمه حكم سائر الديون وأما المهر فان كان تزوج نكاحا صحيحا باذن المولى فحكمه حكم سائر الديون وان كان النكاح بغير اذن المولى لا يجب للمرأة شئ ما لم يقض سائر الديون والجناية والكتابة فان فضل شئ يصرف الى المهر لان فى النكاح الفاسد انما يتبع بالمهر بعد العتاق لانه لا يصح فى حق المولى فاذا زال حق المولى فحينئذ يؤاخذ به فان أديت كتابته وحكم بحريته وحرية أولاده صار الباقى ميراثا لاولاده كلهم لانهم عتقوا بعتقه وكذلك ان كان الابن مكاتبا معه لانهم عتقوا فى زمان واحد وان كاتب الابن مكاتبة على حدة لا يرث منه لانه لا يعتق بعتقه ولا يستند عتقه فى حقه فلا يرث منه وان مات المكاتب من غير وفاء وترك ولدا مولودا فى الكتابة بأن ولدت أمته التى اشتراها بأن كان المكاتب تزوج أمة انسان باذن

مولاه فولدت منه ثم اشتراها المكاتب و ولدها أو المكاتبة ولدت من غير مولاها فانه يسعى فى الكتابة على نجوم أبيه
ولا يبطل الاجل لانه اذا مات لا عن وفاء فقد مات عاجزا فقام الولد مقامه كانه حى ولو كان حيا حقيقة لكان يسعى
على نجومه فكذا ولده بخلاف ما اذا مات عن وفاء لانه مات قادرا فيؤدى بدل الكتابة للحال ولا يؤخر الى أجله
بل يبطل الاجل لان موت من عليه الدين يبطل الاجل فى الاصل كما فى سائر الديون وليس ههنا أحد يقوم مقامه
حتى يجعل كانه حى واذا أدى السعاية عتق أبوه وهو وأما ولده المشترى فى الكتابة فانه لا يسعى على نجومه بل يقال
له اما أن تؤدى السعاية حالا أو ترد الى الرق ولا يقال ذلك للمولود فى الكتابة بل يسعى على نجوم أبيه ولا يرد الى
الرق الا اذا أخل بنجم أو بنجمين على الاختلاف وانما كان ذلك لان دخول الولد فى الكتابة بطريق التبعية
وتبعية الولد المولود فى الكتابة أشد من تبعية المشترى فى الكتابة لان تبعيته باعتبار الجزئية والجزئية فى الولد
المولود فى الكتابة حصلت فى العقد فكان بمنزلة المكاتب نفسه والحكم فى المكاتب على ما ذكرنا فكذا فيه ولا
كذلك الولد المشترى لان جزئيته ما حصلت فى العقد فانحطت درجته عنه فلا بد من اظهار ذلك فى الحكم ترتيبا
للاحكام على مراتب الحجج فى القوة والضعف وذكر القاضى فى شرح الكافى الخلاف فى المسئلة وجعل ما ذكرنا
قول أبى حنيفة وأما على قولهما فالولد المشترى والولد المولود سواء وجه قولهما ان التكاتب على الولد المولود
لمكان التبعية وهى موجودة فى المشترى وجواب أبى حنيفة عن هذا ان معنى التبعية فى المولود أقوى منه فى المشترى
فلا يصح القياس ولو مات من غير وفاء وترك الديون التى ذكرنا فالخيار فى ذلك الى الولد يبدأ بأى ذلك شاء لان
المكاتب اذا لم يترك وفاء صار التدبير الى الولد لانه يقضى من كسبه فيبدأ بأى ذلك شاء فان أخل بنجم أو بنجمين
على الاختلاف يرد فى الرق ولو كان بعض أولاده غائبا و بعضهم حاضرا فعجز الحاضر لا يرد فى الرق حتى يحضر
الغائب لجواز ان الغائب يحضر فيؤدى ولو مات المكاتب ولم يترك وفاء لكنه ترك أم ولد فان لم يكن معها ولد بيعت
فى المكاتبة وان كان معها ولد استسعت فيها على الاجل الذى كان للمكاتب صغيرا كان ولدها أم كبيرا بناء على
أن المكاتب اذا اشترى أم ولد وليس معها ولد فانها لا تدخل فى مكاتبته وكان له أن يبيعها عند ابى حنيفة وكذا
الموالاة عندهما تدخل فى مكاتبته فكذلك بعد موته تكون بمنزلته لما دخلت فى الكتابة واذا كان معها فانها
تتبع ولدها فى الكتابة عند أبى حنيفة ولا يجوز بيعها فكذا بعد الموت اذا كان معها ولد ولدته فى الكتابة و يصير
كانه قائم لان الابن قام مقامه وعلى قولهما لا فرق بين وجود الولد وعدمه وجه قولهما انها انما تسعى لان عتاق
الاستيلاد بمنزلة عتاق النسب فلا يبطل بموت الولد فكان حالها بعد موت الولد وقبله واحدا ولابى حنيفة انه
لا وراثة بينه و بينها وانما دخلت فى كتابته لكتابة ولدها تبعا فاذا مات الولد بطلت كتابتها لانه كتابة الولد
بطلت بموته فيبطل ما كان تبعا له والله عز وجل أعلم ولو ولدت المكاتبة ولدا واشترت ولدا ثم ماتت سعيا فى
الكتابة على النجوم والذى يلى الاداء المولود فى الكتابة وهذا بناء على أن المولود فى الكتابة يقوم مقام المكاتب
والولد المشترى لا يقوم مقامه على الاتفاق أو على الاختلاف الا انه يسعى تبعا للولد المولود فى الكتابة فلا تجب
عليه السعاية ألا ترى ان محمدا ذكر فى الاصل فان قلت فلا يجب على الآخر شىء من السعاية قال لانها لو لم تدع غيره
بيع الا أن يؤدى الكتابة عاجلا وانما قلنا ان الذى يلى الاداء هو الولد المولود فى الكتابة لما ذكرنا ان الولد
المشترى لا يقوم مقام المكاتب على الاتفاق أو على أصل أبى حنيفة والمكاتبة ولو كاتب حية لكانت تملك كسب
ولدها المشترى فكذا الذى يقوم مقامها وان سعى المشترى فادى الكتابة لم يرجع على أخيه بشىء لانه أدى
الكتابة من كسب الام لان كسب أم الولد المشترى للام فاذا أدى الكتابة من كسبه فقد أدى كتابة الام
وكسبه لها فلا يرجع ولما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقامها ولو كانت الام باقية فادى الولد المشترى فعتقت الام لم
يرجع عليه بشىء كذا هذا وكذا الولد المولود فى الكتابة لو سعى وأدى لم يرجع على المشترى بشىء من هذا المعنى وقال

بعضهم هذا اذا أدى المولود فى الكتابة من مال تركته الام فاما اذا أدى من كسب اكتسبه بنفسه فانه يرجع بنصفه على المشترى ولم يذكر فى الاصل حكم المولود فى الكتابة وانما ذكر حكم المشترى انه اذا أدى لا يرجع ولو اكتسب هذا الابن المشترى كسبا كان لاخيه أن يأخذه و يستعين به فى كتابته لما ذكرنا ان الولد المولود قائم مقام الام وهى لو كانت قائمة لكانت تملك أخذ كسب المشترى وكذا من يقوم مقامها وكذا اذا أراد أن يسلمه فى عمل ليأخذ كسبه فيستعين به فى مكاتبته كان له ذلك وكذلك لو أمره القاضى أن يؤاجر نفسه أو أمر أخاه أن يؤاجره و يستعين باجره على أداء الكتابة كان ذلك جائزا لانه بمنزلتها وما اكتسب الولد المولود فى الكتابة بعد موت أمه قبل الاداء فهوله خاصة لانه داخل فى كتابة الام وقائم مقامها فما اكتسبه يكون له وما يكتسب أخوه حسب من التركة فتقضى منه المكاتبة والباقى منه ميراث بينهما والفرق بينهما ان الولد المولود فى الكتابة قام مقامها فكان حكمها كحكمه وكسب المكاتبة لها كذا كسب ولدها وأما الولد المشترى فلم يقم مقامها غير انه كسبها بجميع ما اكتسبه فيصير كانها ماتت عن مال ولو ماتت عن مال تؤدى منه كتابتها والباقى ميراثا بينهما كذا هذا وقيل هذا كله قول أبى حنيفة فاما على قولهما فالولدان يقومان مقامها ولا يملك كل واحد منهما كسب صاحبه لان كل واحد منهما لو كان منفردا لقام مقام المكاتبة و يسعى على النجوم عندهما فكذا اذا اجتمعا لم يكن أحدهما باولى من الآخر والله عز وجل الموفق وأما الفاسد وهى التى فاتها شىء من شرائط الصحة وهى ماذكرنا فيما تقدم فلا يثبت بها شىء من الاحكام المتعلقة بما قبل الاداء لان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال شىء مما كان للمالك عنه الى المكاتب فكان الحال بعد العقد كالحال قبله وأما الحكم المتعلق بالاداء وهو العتق فالفاسد فيه كالصحيح حتى لو أدى يعتق لان الفاسد من العقد عند اتصال القبض كالصحيح على أصل أصحابنا ونفس المكاتب فى قبضته الان فى الكتابة الفاسدة اذا أدى يلزمه قيمة نفسه وفى الكتابة الصحيحة يلزمه المسمى لما عرف ان الاصل أن يكون الشىء مضمونا بالمثل والقيمة هى المثل لانها مقدار ماليته وانما المصير الى المسمى عند صحة التسمية تحرزا عن الفساد لجهالة القيمة فاذا فسدت فلا معنى للتحرز فوجب الرجوع الى الاصل وهو القيمة كما فى البيع ونحوه وكذا فى الكتابة الفاسدة للمولى ان يفسخ الكتابة بغير رضا العبد و يرده الى الرق وليس له أن يفسخ فى الصحيحة الا برضا العبد وللعبد أن يفسخ فى الصحيح والفاسد جميعا بغير رضا المولى لماذكرنا ان الفاسدة غير لازمة فى حقهما جميعا والصحيحة لازمة فى حق المولى غير لازمة فى حق العبد ثم اذا أدى فى الكتابة الفاسدة ينظر الى المسمى والى قيمة العبد أيهما أكثر على ماذكرنا الكلام فيه فيما تقدم وسواء كان الاداء فى حياة المولى أو بعد موته الى ورثته استحسانا والقياس أن لا يعتق بالاداء الى الورثة وجه القياس أن العتق فى الكتابة الفاسدة يقع من طريق التعليق بالشرط لان فى الكتابة معنى المعاوضة ومعنى اليمين فاذا فسدت بطل معنى المعاوضة فبقى معنى اليمين واليمين تبطل بموت الحالف ولان الكتابة الفاسدة لا توجب زوال ملك المولى واذا بقى ملكه فاذا مات قبل الاداء انتقل الى ورثته فلا يعتق بالاداء وجه الاستحسان انها مع كونها فاسدة فيها معنى المعاوضة والعتق فيها يثبت من طريق المعاوضة لا من طريق التعليق بالشرط بدليل أنه يجب فيها القيمة ولو كان العتق فيها بمحض اليمين لكان لا يجب فيها شىء لان القيمة لم تدخل تحت اليمين وكذا الولد المنفصل ومعلوم أن الولد المنفصل عند الشرط لا يدخل تحت اليمين فثبت أن فساد الكتابة لا يوجب زوال معنى المعاوضة عنها فثبت العتق فيها من طريق المعاوضة وأما قوله ان ملك المولى لا يزول فى الكتابة الفاسدة فنعم لكن قبل قبض البدل فاما بعد القبض فانه يزول ذلك عند الاداء ولو كاتب أمته كتابة فاسدة فولدت ولدا ثم أدت عتقت وعتق ولدها معها لما ذكرنا ان الكتابة الفاسدة تعمل عمل الصحيح عند اتصال القبض به والاولاد يدخلون فى الكتابة الصحيحة كذا فى الفاسدة فان ماتت الام قبل أن تؤدى لم يكن على ولدها أن يسعى لان الولد قائم مقام الام ثم الام لا تجبر على السعاية كذلك الولد لكنه اذا سعى فيما على أمه يعتق استحسانا والقياس أن لا يعتق وهو على ماذكرنا فيما اذا مات المولى فادت المال الى

ورثته

ورثته تعتق استحسانا والقياس أن لا تعتق وأما الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا يثبت بها شيء من الاحكام لان التصرف الباطل لا وجود له الا من حيث الصورة كالبيع الباطل ونحوه فلا يعتق بالاداء الا اذا نص على التعليق بان قال ان أديت الى ألفا فانت حر فادى يعتق لكن لا بالمكاتبة بل بالتعليق بالشرط ولا يلزمه شيء كما في التعليق بسائر الشروط

﴿فصل﴾ وأما بيان ما تنفسخ به الكتابة فانها تنفسخ بالاقالة لانها من التصرفات المحتملة للفسخ لكون المعاوضة فيها أصلا فتجوز اقالتها كسائر المعاوضات وكذا تنفسخ بفسخ العبد من غير رضا المولى بان يقول فسخت المكاتبة أو كسرتها سواء كانت فاسدة أو صحيحة لما ذكرنا وان كانت صحيحة فانها غير لازمة في جانب العبد نظرا له فيملك الفسخ من غير رضا المولى والمولى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب لانها عقد لازم في جانبه وهل تنفسخ بالموت أما بموت المولى فلا تنفسخ بالاجماع لانه ان كان له كسب فيؤدي الى ورثة المولى وان لم يكن في يده كسب فيكتسب ويؤدي فيعتق فكان في بقاء العقد فائدة فيبقى وان عجز عن الكسب يرد الى الرق كما لو كان المولى حيا واذا مات المولى فادى المكاتب مكاتبته أو بقية منها الى ورثته وعتق فولاؤه يكون لعصبة المولى لان الولاء لا يورث من المعتق بعد موته لما نذكر في كتاب الولاء ان شاء الله تعالى وان عجز بعد موت المولى فرد الى الرق ثم كاتبه الورثة كتابة أخرى فادى اليهم وعتق فولاؤه للورثة على قدر مواريثهم لانه عتق باعتاقهم فكان ماله ميراثا بينهم اذ الولاء يورث به ان كان لا يورث نفسه واما بموت المكاتب فينظر ان مات عن وفاء لا ينفسخ عندنا خلافا للشافعي وان مات لا عن وفاء ينفسخ بالاجماع لانه مات عاجزا فلا فائدة في بقاء العقد فينفسخ ضرورة ولا ينفسخ بردة المولى بان كاتب مسلم عبده ثم ارتد المولى لانها لا تبطل بموت المولى حقيقة فبموته حكما أولى ان لا ينفسخ ولهذا لا تبطل سائر عقوده بالردة كذا المكاتبة فان أقر بقبض بدل الكتابة وهو مرتد ثم أسلم جاز اقراره في قولهم وان قتل أو مات على الردة لم يجز في قول أبي حنيفة اذا لم يعلم ذلك الا بقوله بناء على ان تصرفات المرتد غير نافذة عنده بل هي موقوفة وان علم ذلك بشهادة الشهود جاز قبضه وكذا يجوز للمرتد أخذ الدين بشهادة الشهود في كل ما ليس من التصرفات كذا ذكر في الاصل لان ردته بمنزلة عزل الوكيل فيملك قبض الديون التي وجبت بعقده كالوكيل المعزول في باب البيع انه يملك قبض الثمن بعد العزل وذكر في موضع آخر ولا يجوز قبض المرتد لانه انما يملك لكونه من حقوق العقد وحقوق هذا العقد وهو المكاتبة لا يتعلق بالعاقد فلا يملك القبض بخلاف البيع وأما على أصلهما فاقراره بالقبض جائز لان تصرفاته نافذة عندهما فان لم يقبض شيأ حتى لحق بدار الحرب فجعل القاضي ماله ميراثا بين ورثته فاخذوا المكاتبة ثم رجع مسلما فولاء العبد له لان ردته مع لحوقه بدار الحرب بمنزلة موته ولو دفع الى الورثة بعد موته كان الولاء له كذلك هذا ويأخذ من الورثة ما قبضوه منه ان وجد بعينه كما في سائر أملاكه التي وجدها مع الورثة باعيانها لان الوارث انما قبض بتسليط المورث فصار بمنزلة الوكيل والله عز وجل أعلم

## ﴿كتاب الولاء﴾

الولاء نوعان ولاء عتاقة وولاء موالاة أما ولاء العتاقة فلا خلاف في ثبوته شرعا عرفنا ذلك بالسنة واجماع الامة والمعقول أما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وهذا نص وروى ان رجلا اشترى عبدا فاعتقه فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني اشتريت هذا فاعتقته فقال صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك فان شكرك فهو خير له وشر لك وان كفرك فهو خير لك وشر له وان مات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته والاستدلال به من وجهين أحدهما انه جعله عصبة اذا لم يترك وارثا آخر والثاني انه صلى الله عليه وسلم جعل المعتق مولى المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم هو أخوك ومولاك ولا يكون مولاه الا وان يكون ولاؤه له

ونظير هذا الاستدلال استدلالنا بقوله عز وجل والله خلقكم وما تعملون على تقدير تسليم ارادة المعمول من قوله سبحانه وتعالى وما تعملون فى اثبات خلق الافعال من الله تبارك وتعالى أخبر سبحانه انه خلقهم وخلق معمولهم ولا معمول بدون العمل فيدل على كون المعمول مخلوق الله عز وجل وقوله صلى الله عليه وسلم ان شكرك فهو خير له لان المعتق لما أنعم الله عليه بالاعتاق فقد وجب عليه الشكر فاذا شكره فقد أدى ما وجب عليه فكان خيرا له وقوله صلى الله عليه وسلم وشر لك لانه قد وصل اليه شئ من العوض فاوجب ذلك نقصانا فى الثواب لانه يصير كانه أعتقه على عوض فكان ثوابه أقل ممن أعتق ولم يصل اليه على اعتاقه عوض دنيوى أصلا ورأسا وقوله صلى الله عليه وسلم وان كفرك فهو خير لك لان اعتاقه اذا خلى عن عوض دنيوى يتكامل ثوابه فى الآخرة وقوله صلى الله عليه وسلم وشر له لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا فاذا لم يشكره فقد ترك الواجب فكان شرا له وروى ان معتق بنت حمزة رضى الله عنه مات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته والنصف لابنة حمزة وروى عن عمر رضى الله عنه وعلى وعبد الله بن مسعود وأبى بن كعب وزيد بن ثابت وأبى مسعود الانصارى وأسامة ابن زيد رضى الله عنهم انهم قالوا الولاء للكبر فاتفاق هؤلاء النجباء من الصحابة رضى الله عنهم على لفظ واحد بدليل سماعهم ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مع ما ان هذا حكم لا يدرك بالقياس فالظاهر قول السماع وسيأتى تفسير هذا الحديث فى أثناء المسائل ان شاء الله تعالى وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ثبوت هذا الولاء وأما المعقول فمن وجوه أحدها ان الاعتاق انعام اذ المعتق أنعم على المعتق بايصاله الى شرف الحرية ولهذا سمى المولى الاسفل مولى النعمة فى عرف الشرع وكذا سماه الله تعالى انعاما فقال عز وجل فى زيد مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه قيل فى التفسير أنعم الله عليه بالاسلام وأنعمت عليه بالاعتاق فجعل كسبه عند استغنائه عنه لمولاه شكرا لانعامه السابق ولهذا لا يرث المعتق من المعتق والثانى ان المعتق فى نصرة المعتق حال حياته ولهذا كان عقله عليه وعليه ان ينصره بدفع الظلم عنه وبكفه عن الظلم على غيره فاذا جنى فقد قصر فى أحد نوعى النصرة وهو كفه عن الظلم على غيره فجعل عقله عليه ضمانا للتقصير فاذا مات جعل ولاؤه لمعتقه جزاء للنصرة السابقة والثالث ان الاعتاق كالايلاد من حيث المعنى لان كل واحد منهما احياء معنى فان المعتق سبب لحياة المعتق باكتساب سبب الاهلية والمالكية والولاية التى يمتاز بها الآدمى عن البهائم كما ان الاب سبب حياة الولد باكتساب سبب وجوده عادة وهو الايلاد ثم الايلاد سبب لثبوت النسب فالاعتاق يكون سببا لثبوت الولاء كالايلاد وهذا معنى قول النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب والله عز وجل أعلم فبعد هذا يقع الكلام فى مواضع فى بيان سبب ثبوته وفى بيان شرائط الثبوت وفى بيان صفة الثابت وكيفيته وفى بيان قدره وفى بيان حكمه وفى بيان ما يظهر له أما سبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصلا بصنعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغير صنعه بان ورث قريبه وسواء أعتقه لوجه الله أو لوجه الشيطان وسواء أعتقه تطوعا أو عن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة القتل والظهار والافطار والايلاء واليمين والنذر وسواء كان الاعتاق بغير بدل أو ببدل وهو الاعتاق على مال وسواء كان منجزا أو معلقا بشرط أو مضافا الى وقت وسواء كان صريحا أو يجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق الحاصل بالتدبير والاستيلاد ويستوى فيه صريح التدبير والاعتاق والاستيلاد والكتابة والاصل فيه قول النبى صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل وعلى هذا اذا أمر المولى غيره بالاعتاق فى حال حياته أو بعد وفاته ان الولاء للآمر لان العتق يقع عنه ولو قال لآخر اعتق عبدك عنى على ألف درهم فأعتق فالولاء للآمر لان العتق يقع عنه استحسانا والقياس ان يكون الولاء للمأمور لان العتق يقع عن المأمور وهو قول زفر وجه القياس انه أمر باعتاق عبد الغير عن نفسه وهذا لا يصح لان العتق لا يقع بدون الملك ولا ملك للآمر بل

للمأمور فكان العتق عنه ولنا ان الامر بالفعل أمر بما لا وجود للفعل بدونه كالامر بصعود السطح يكون أمرا بنصب السلم والامر بالصلاة يكون أمرا بالطهارة ونحو ذلك ولا وجود للعتق عن الآمر بدون ثبوت الملك فكان أمر المالك باعتاق عبده عنه بالبدل المذكور أمرا بتمليكه منه بذلك البدل ثم باعتاقه عنه تصحيحا لتصرفه كانه صرح بذلك فقال بعه مني واعتقه عني ففعل ولو قال اعتق عبدك عني ولم يذكر البدل فاعتق فالولاء للمأمور في قول أبي حنيفة ومحمد لان العتق عنه وعند أبي يوسف هذا والاول سواء وجه قوله على نحو ما ذكرنا في المسئلة الاولى ولهما الفرق بين المسئلتين وهو انه في المسئلة الاولى أمكن اثبات الملك للآمر بالبدل المذكور بمقتضى الامر بالاعتاق لان الملك في البيع الصحيح لا يقف على القبض بل يثبت بنفس العقد فصار المأمور بائعا عبده منه بالبدل المذكور ثم معتقا عنه بامره وتوكيله وأما في المسئلة الثانية فلا يمكن اثبات الملك بالتمليك الثابت بطريق الاقتضاء لان التمليك من غير عوض يكون هبة والملك في باب الهبة لا يثبت بدون القبض فاذا أعتق فقد أعتق ملك نفسه لا ملك الآمر فيقع عن نفسه فكان الولاء له فهو الفرق ولو قال أعتق عبدك ولم يقل شيء آخر فأعتق فالولاء للمأمور لان العتق عنه لانه عتق عن نفسه لا عن الآمر لعدم الطلب من الآمر بالاعتاق عنه ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم ولم يقل عني فأعتق توقف على قبول العبد اذا كان من أهل القبول فان قبل في مجلس علمه يعتق ويلزمه المال والا فلا لانه لم يطلب اعتاق العبد لنفسه وانما طلب اعتاق العبد للعبد وهو فضولي فيه فاذا أعتق المالك توقف اعتاقه على اجازة العبد كما اذا قال لغيره بع عبدك هذا من فلان على ألف درهم فباعه أنه يتوقف على اجازة فلان كذا هذا وسواء كان المعتق ذكرا أو أنثى لوجود السبب منهما ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقال صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث والمستثنى من المنفي مثبت ظاهرا وسواء كان المعتق والمعتق مسلمين أو كافرين أو كان أحدهما مسلما والآخر كافرا لوجود السبب ولعموم الحديث حتى لو أعتق مسلم ذميا أو ذمي مسلما فولاء المعتق منهما للمعتق لما قلنا الا أنه لا يرثه لانعدام شرط الارث وهو اتحاد الملة قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتوارث أهل ملتين بشيء وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن ويجوز أن يكون الولاء ثابتا لانسان ولا يرث به لانعدام شرط الارث به على ما ذكر حتى لو أسلم الذمي منهما قبل موت المعتق ثم مات المعتق يرث به لتحقق الشرط وكذا لو كان للذمي الذي هو معتق العبد المسلم عصبة من المسلمين بأن كان له عم مسلم أو ابن عم مسلم فانه يرث الولاء لان الذمي يجعل بمنزلة الميت وان لم يكن له عصبة من المسلمين يرد الى بيت المال ولو كان عبد مسلم بين مسلم وذمي فأعتقاه ثم مات العبد فنصف ولائه للمسلم لان المسلم يرث المسلم والنصف الآخر لأقرب عصبة الذمي من المسلمين ان كان له عصبة مسلم وان لم يكن يرد الى بيت المال ولو أعتق حربي عبده الحربي في دار الحرب لم يصر بذلك مولاه حتى لو خرجا الى دار الاسلام مسلمين لا ولاء له وهذا قول أبي حنيفة ومحمد لانه لا يعتق عندهما لانه لا يعتق بكلام الاعتاق وانما يعتق بالتخلية والعتق الثابت بالتخلية لا يوجب الولاء وعند أبي يوسف يصير مولاه ويكون له ولاؤه لان اعتاقه بالقول قد صح في دار الحرب وكذلك لو دبره في دار الحرب فهو على هذا الاختلاف ولا خلاف في أن استيلاده جائز وتصير الجارية أم ولد له لا يجوز بيعها لما ذكرنا فيما تقدم ان مبنى الاستيلاد على ثبوت النسب والنسب يثبت في دار الحرب ولو أعتق مسلم عبدا له مسلما أو ذميا في دار الحرب فولاؤه له لان اعتاقه جائز بالاجماع وان أعتق عبدا له حربيا في دار الحرب لا يصير مولاه عند أبي حنيفة لانه لا يعتق بالقول وانما يعتق بالتخلية وعند أبي يوسف يصير مولاه لثبوت العتق بالقول وقول محمد فيه مضطرب حتى لو أسلم العبد في دار الحرب وخرجا مسلمين الى دار الاسلام فلا ولاء للمعتق على المعتق وللمعتق أن يوالي من شاء عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يرث المعتق من المعتق وله ولاؤه اذا خرجا مسلمين وان سبي العبد المعتق كان مملوكا للذي سباه في قولهم جميعا ولا يخلو اما أن يكون مملوكا أو حرا فان كان مملوكا

كان محلا للاستيلاد والتملك وكذا ان كان حرا لان الحربى الحر محل للاستيلاد والتملك وعلى هذا يخرج ماذا دخل رجل من أهل الحرب دار الاسلام بأمان فان اشترى عبدا فأعتقه ثم رجع الى دار الحرب فسبى فاشتراه عبده المعتق فأعتقه ان كل واحد منهما يكون مولى صاحبه حتى ان أيهما مات ولم يترك عصبة من النسب ورثه صاحبه لوجود سبب الارث من كل واحد منهما وهو الاعتاق وشرطه وكذا الذمى اذا أعتق عبدا له ذميا فأسلم العبد ثم هرب الذمى المعتق ناقضاً للعهد الى دار الحرب فسبى وأسلم فاشتراه العبد الذى كان أعتقه فأعتقه فكل واحد منهما مولى صاحبه لما قلنا وكذلك المرأة اذا أعتقت عبدا لها ثم ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب ثم سبيت فاشتراها الذى كانت المرأة أعتقته فأعتقها كان الرجل مولى المرأة والمرأة مولاة الرجل لوجود الاعتاق من كل واحد منهما ثم العتق كما هو سبب ثبوت الولاء للمعتق فهو سبب وجوب العقل عليه حتى لو جنى المعتق كان عقله على المعتق لما ذكرنا ان عليه حفظه فاذا جنى فقد قصر فى الحفظ وأما شرط ثبوته فلثبوت الولاية شرائط بعضها يعم ولاء العتاقة وولاء ولد العتاقة وبعضها يخص ولاء ولد العتاقة فأما الذى يعمهما جميعاً فهو أن لا يكون للعبد المعتق أو لولده عصبة من جهة النسب فان كان لا يرثه المعتق لانه يرثه من طريق التعصيب وفى العصبات يعتبر الاقوى فالاقوى ولا شك ان العصبة من جهة النسب أقوى فكان أولى وهذا لان الولاء وان كان لحمة كلحمة النسب كما نطق به الحديث لكنه لا يكون مثل حقيقة النسب فكان اعتبار حقيقة النسب أولى فان لم يكن له عصبة من جهة النسب وله أصحاب الفرائض أوذوو الارحام فحكمه يذكر فى موضعين ان شاء الله تعالى وأما الذى يخص ولد العتاقة فمنها أن تكون الام معتقة فان كانت مملوكة فلا ولاء لاحد عليه مادام مملوكا سواء كان الاب حرا أو مملوكا لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية فكان مملوكا للمولى أمه فلا يتصور الولاء ومنها أن لا تكون الام حرة أصلية فان كانت فلا ولاء لاحد على ولدها وان كان الاب معتقا لما ذكرنا ان الولد يتبع الام فى الرق والحرية ولا ولاء لاحد على أمه فلا ولاء على ولدها فان كانت الام معتقة والاب معتقا فالولد يتبع الاب فى الولاء ويكون ولاؤه لمولى الاب لا لمولى الام لان الولاء كالنسب والاصل فى النسب هو الاب ومنها أن لا يكون الاب عربيا فان كان الاب عربيا والام مولاة لقوم فالولد تابع للاب ولا ولاء عليه لان الولاء أثر من آثار الرق ولا رق على عربى ولو كان الاب نبطيا وهو حر مسلم لم يعتق وله ولاء موالاة أو لم يكن فالولد يتبع الام فى ولاء العتاقة عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يكون تبعا للاب كما فى العربى (وجه) قول أبى يوسف ان النسب يشبه النسب والنسب الى الآباء وان كان أضعف ألا ترى ان الام لو كانت من العرب والاب من الموالى فالولد يكون تابعا لقوم الاب ولهما ان ولاء الام لمواليها لاجل النصرة فيثبت للولد هذه النصرة ولا نصرة له من جهة الاب لان من سوى العرب لا يتناصرون بالقبائل فصار كمعتقة تزوجت عبدا فيكون ولاء أولادها لمواليها ومنها أن لا يكون للاب مولى عربى فان كان لا ولاية لاحد عليه لان حكمه حكم العربى لقول النبى صلى الله عليه وسلم ان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون الولد معتقا فان كان لا يكون ولاؤه لموالى الاب ولا لموالى الام بل يكون لمن أعتقه لانه اذا أعتق صار له ولاء نفسه لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق فلا يكون تبعا لغيره فى الولاء و بيان هذا الاصل يذكر فى بيان صفة الولاء وأما صفته فله صفات منها ان الارث به عند وجود سبب ثبوته وشرطه من طريق التعصيب ومعنى هذا الكلام ان المعتق انما يرث بالولاء مال المعتق بطريق العصوبة ويكون المعتق آخر عصبات المعتق مقدما على ذوى الارحام وعلى أصحاب الفرائض فى استحقاق ما فضل من سهامهم حتى انه لو لم يكن للمعتق وارث أصلا أو كان له ذو الرحم كان الولاء للمعتق وان كان له أصحاب الفرائض فانه يعطى فرائضهم أولا فان فضل شئ يعطى المعتق والا فلا شئ له ولا يرد الفاضل على أصحاب الفرائض وان كانوا ممن يحتمل الرد عليه وهذا قول عامة العلماء وهو قول على وابن عباس وزيد رضى الله عنهم وروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه لا يرث بطريق التعصيب وهو مؤخر عن أصحاب الفرائض فى

استحقاق

استحقاق الفاضل وعن ذوى الارحام أيضا واحتجوا بظاهر قوله تعالى وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فظاهره يقتضى أن يكون ذو الرحم أولى من المعتق (وجه) قول الاولين مار وينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه جعل ولاء مولى بنت حمزة رضى الله عنه بينها و بين بنت معتقها نصفين فقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم بنت حمزة رضى الله عنه مقام العصبات حيث جعل النصف الآخر لها ولم يأمر برده على بنت المعتق ولو كان الامر كما زعموا لامر صلى الله عليه وسلم بالرد كما فى سائر المواريث اذا لم يكن هناك عصبة وقال صلى الله عليه وسلم ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر وأولى رجل ذكر ههنا هو المولى وروى فلاولى عصبة ذكر وهو المولى ههنا وأما الآية الكريمة فقال بعضهم فى تأويلها أى ذو و الارحام من العصبة بعضهم أولى ببعض أى الاقرب من ذوى الارحام من العصبات بعضهم أولى ببعض من الابعد كالابن مع ابن الابن والاخ لاب وأم مع الاخ لاب ونحو ذلك واذا عرف هذا الاصل فبيانه فى مسائل اذا مات المعتق وترك أما ومولى فللام الثلث والباقى للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الآخرين الثلث للام بالفرض والباقى رد عليها أيضا وان ترك بنتا ومولى فللبنت فرضها وهو النصف والباقى للمولى عند الاولين لانه عصبة وعند الاخرين النصف للبنت بالفرض والباقى رد عليها ولو ترك ثلاث أخوات متفرقات وأما وترك مولاه فللاخت للاب والام النصف وللاخت للاب السدس تكملة الثلثين وللاخت للام السدس وللام السدس فقد استغرقت سهامهم الميراث فلم يبق شئ للمولى وان ترك امرأة ومولى فللمرأة فرضها وهو الربع والباقى للمولى بلا خلاف وكذا اذا كان المعتق أمة فتركت زوجها ومولى فللزوج فرضه وهو النصف والباقى للمولى أما على قول الاولين فلان المولى عصبة فكان الباقى له وأما على قول الآخرين فلانه لا سبيل الى الرد اذ لا يرد على الزوج والزوجة فان ترك المعتق عمة وخالة ومولاه فالمال للمولى فى قول الاولين لانه آخر العصبات يقدم على ذوى الارحام وفى قول الآخرين للعمة الثلثان وللخالة الثلث لتقدم ذوى الارحام عليه وقس على هذا نظائره وعلى هذا يخرج ما اذا اشترت المرأة عبدا فأعتقته ثم مات العبد المعتق وترك ابنته فللابنة النصف وما بقى فلمولاته لانها عصبة وهذا قول الاولين وأما على قول الاخرين فالباقى يرد عليها بالقرابة واذا اشترت أباها فعتق ثم مات الاب وليس له عصبة فلابنته النصف بالنسب وما بقى فلابنته أيضا بحق الولاء بالرد لانها عصبة الاب فى الولاء وعلى قول الآخرين ما بقى يرد عليها بالقرابة فان كان الاب أعتق عبدا قبل أن يموت ثم مات الاب ثم مات العبد المعتق ولم يترك عصبة فانها ترثه لانه معتق معتقها فكان ولاؤه لها لقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن الحديث والاستثناء من النفى اثبات ظاهرا فان اشترت اختان لاب وأم أباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فلابنتين الثلثان بالنسب وما بقى فلهما أيضا بلا خلاف ولكن عند الاولين بطريق العصوبة لانهما عصبة وعند الاخرين بطريق الرد وان اشترت احداهما اباهما ثم مات الاب ولم يترك عصبة وترك ابنتيه هاتين فلابنتين الثلثان بالنسب وللتى اشترت الاب الثلث والباقى خاصة بالولاء فى قول الاولين لانها عصبة وفى قول الآخرين الباقى يرد عليهما نصفين فان اشترتا أباهما ثم ان احداهما والاب اشتريا أخاهما من الاب ثم مات الاب فان المال بين الابنتين و بين الابن للذكر مثل حظ الانثيين لانه مات حرا عن ابن حر وعن ابنتين حرتين فكان الميراث لهم بالقرابة فلا عبرة للولاء فى ذلك فان مات الابن بعد ذلك فلأختيه الثلثان بالنسب والثلث الباقى نصفه للتى اشترته مع الاب خاصة لان لها نصف ولاء الاخ لانه عتق بشرائها وشراء الاب فكان ولاؤه بينهما وما بقى فبينهما نصفان لانهما مشتركتان فى ولاء الاب فصار حصة الاب بينهما نصفين وهو سدس جميع المال وتخرج المسئلة من اثنى عشر للاختين الثلثان لكل واحدة منهما أربعة أسهم ونصف ثلث الباقى وذلك سهمان للتى اشترته مع الاب بالولاء ونصف الثلث بينهما نصفان بولاء الاب لكل واحدة منهما سهم فصار للتى اشترته سبعة أسهم وللاخرى خمسة أسهم وهذا على قياس قول على

وابن عباس و زيد رضى الله عنهم وأما على قياس قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما اذا مات الابن بعد موت الاب فلاختيه الثلثان بالنسب كما قالوا والثلث الباقى يرد عليهما فان اشترت احداهما الاب واشترت الاخرى والاب أخاهما ثم مات الاب فالمال بين الابن والابنتين للذكر مثل حظ الانثيين لما قلنا فان مات الاخ بعد ذلك فللاختين الثلثان بالنسب و نصف الثلث الباقى للتى اشترت الاخ مع الاب وما بقى فهو للتى اشترت الاب خاصة فيصير المال بينهما نصفين وهذا على قول على وابن عباس و زيد رضى الله عنهم وأما على قول عمر وابن مسعود رضى الله عنهما فالثلث الباقى يرد عليهما والله عز وجل الموفق ومنها انه لا يورث من المعتق بعد موته ولا يكون سبيله سبيل الميراث وانما يستحقه عصبة المعتق بنفسها وهم الذكور من عصبته لا الاناث ولا الذكور من أصحاب الفرائض والاصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث أى لا يورث من المعتق لاجماعنا على أنه يورث من المعتق ولان الولاء لما كان سببه النسب ثم النسب لا يورث نفسه وان كان يورث به فكذا الولاء وروينا عن النجباء السبعة رضى الله عنهم أنهم قالوا بلفظ واحد الولاء للكبر فالظاهر هو السماع فان لم يكن فقد ظهرت الفتوى بينهم ولم يظهر لهم فيها مخالف فيكون اجماعا ومعنى قولهم الولاء للكبر أى للاقرب وهو أقرب العصبة الى المعتق يقال فلان أكبر قومه اذا كان أقربهم الى الاصل الذى ينسبون اليه وانما شرطنا الذكورة فى هذه العصوبة لان الاصل فى العصبة هم الذكور اذ العصبة عبارة عن الشدة والقوة قال الله تبارك وتعالى خبرا عن بنى يعقوب عليهم الصلاة والسلام اذ قالوا ليوسف وأخوه أحب الى أبينا منا ونحن عصبة أى جماعة أقوياء أشداء قادرون على النفع والدفع وهذا قول عامة العلماء وعن ابراهيم النخعى وشريح ان الولاء يجرى مجرى المال فيورث من المعتق كما يورث سائر أمواله الا أنه انما يرث منه الرجال لا النساء بالنص وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم ليس للنساء الا ما أعتقن الخبر وكان شريح يقول من أحرز شيأ فى حياته فهو لورثته بعد موته واحتجا بما روى عن الصحابة رضى الله عنهم انهم قالوا من أحرز المال أحرز الولاء فقد أنزلوه منزلة المال فدل على أن حكمه حكم المال والجواب ان معنى قولهم من أحرز المال أحرز الولاء أى من أحرز المال من عصبة المعتق يوم موت المعتق أحرز الولاء أيضا بدليل ان المرأة تحرز المال ولا تحرز الولاء بالاجماع و بالحديث فعلم ان المراد منه العصبات و به نقول ولان فى الحمل على ما قلنا عملا بالدلائل بقدر الامكان فهو أولى ثم بيان هذا الاصل فى مسائل فى رجل أعتق عبدا له ثم مات المعتق وترك ابنين ثم مات أحد الابنين وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فولاؤه لابن المعتق لصلبه لا لابن ابنه لانه الاكبر اذ هو أقرب عصبات المعتق بنفسها والاصل انه يعتبر كون المستحق عصبة يوم موت المعتق لا يوم موت المعتق و يعتبر له الكبر من حيث القرب لا من حيث السن ألا ترى ان الابن قد يكون أكبر سنا من عمه الذى هو ابن المعتق وهذا على قول عامة العلماء وأما على قول ابراهيم وشريح فالمال بين ابن المعتق و بين ابن ابنه نصفين لانه يجرى مجرى الميراث عندهما فكما مات المعتق فقد ورثاه جميعا فانتقل الولاء اليهما ثم اذا مات أحدهما انتقل نصيبه الى ولده كما فى ميراث المال فان مات الابن الباقى وترك ابنا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا الميت و بين ابن الميت الاول نصفين بلا خلاف أما على قول عامة العلماء فلاستوائهما فى العصوبة وأما على قول ابراهيم النخعى وشريح فلانتقال نصيب كل واحد منهما الى ولده ولو كان الاول حين مات ترك ابنين ثم مات الباقى وترك ابنا واحدا ثم مات المعتق فالولاء بين ابن هذا وابنى الاول يكون ثلاثا عندنا لاستواء الكل فى العصوبة وعندهما الولاء بينهما نصفين النصف لابن هذا والنصف الآخر بين ابنى الاول نصفين لانهما يجعلان لكل ولد واحد حصة أبيه فان مات المعتق وترك ثلاثة بنين فمات البنون وترك أحدهم ابنا واحدا وترك الآخر خمسة بنين وترك الثالث عشرة بنين ثم مات العبد المعتق وترك مالا فماله بين أولاد البنين بالسوية على عدد الرؤس فى قول عامة العلماء لاستوائهم فى العصوبة والقرب من المعتق وعلى قول ابراهيم وشريح المال بينهم أثلاثا ثلث لابن

الابن الواحد والثلث الآخر بين الخمسة بنى الابن والثلث الآخر بين العشرة بنى الابن فتصح فريضتهم من ثلاثين سهما الابن الابن الواحد عشرة وعشرة بين بنى الابن الآخر على خمسة وعشرة بين بنى الابن الآخر وهو الثالث على عشرة ولو أعتق رجل هو وابنه عبدا ثم مات الرجل وترك ابنين أحدهما شريكه فى الاعتاق ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابنه الذى هو شريك أبيه خاصة لانه شريكه فى الاعتاق والنصف الباقى بينهما نصفان لان ذلك حصة أبيه فيكون بينهما بالسوية فيصير الولاء بينهما على أربعة أسهم ثلاثة أرباعه للابن الذى كان شريك أبيه والربع للآخر فان مات شريك أبيه قبل العبد وترك ابنا ثم مات العبد المعتق فلابن الابن نصف الولاء الذى كان لابيه خاصة والنصف الآخر للابن وحده لانه الكبر من عصبة الاب فكان أحق بنصيبه من الولاء فيصير نصف الولاء للعم ونصفه لابن أخيه فان مات العم وترك ابنين ثم مات العبد المعتق فنصف الولاء لابن شريك أبيه خاصة والنصف الآخر بينه وبين ابنى عمه اثلاثا لكل واحد منهم الثلث فيصير لابن شريك أبيه الثلثان ويصير لابنى عمه الثلث لكل واحد منهما السدس فان مات المعتق وترك ابنا وأبا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن وابن الابن وان سفل لا للاب فى قول أبى حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء وعند أبى يوسف سدس الولاء للاب والباقى للابن وهو قول ابراهيم النخعى وشريح وهذا على أصلهما صحيح لانهما ينزلان الولاء منزلة الميراث والحكم فى الميراث هذا وانما المشكل قول أبى يوسف لانه لا يحل ما يتركه المعتق بعد موته محل الارث بل يجعله لعصبة المعتق بنفسها والاب لا عصوبة له مع الابن بل هو صاحب فريضة كما فى ميراث المال فكان الابن هو العصبة فكان الولاء له فان مات المعتق وترك ابا وثلاثة اخوة متفرقين أخا لاب وأم وأخا لاب وأخا لام ثم مات العبد المعتق فالولاء للاب خاصة لانه العصبة فان مات الاب ثم مات العبد المعتق فالولاء للاخ من الاب والام لانه أقرب العصبات الى المعتق فان مات الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع الى الاخ لاب لانه الكبر فان مات الاخ من الاب وترك ابنا فان الولاء يرجع الى ابن الاخ للاب والام لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب والام وترك ابنا فان الولاء يرجع الى ابن الاخ من الاب لانه أقرب فان مات ابن الاخ من الاب وترك ابنا فان الولاء يرجع الى ابن ابن الاخ من الاب والام لانه أقرب ولا يرث الاخ من الام ولا أحد من ذوى الارحام شيأ من الولاء لما بينا فيما تقدم ولو مات المعتق وترك جده أبا أبيه واخاه لابيه وأمه أو لابيه فالولاء للجد لا للاخ فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الولاء بين الجد والاخ نصفين بناء على انه لا ميراث للاخ مع الجد عنده وعندهما يورثان الاخ مع الجد بالتعصيب فان مات المعتق وترك ابنا وبنتا ثم مات العبد المعتق فالولاء للابن لا للبنت لان الابن هو العصبة بنفسه لا البنت ولقول النبى صلى الله عليه وسلم ليس للنساء من الولاء الا ما اعتقن أو اعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن ولم يوجد ههنا المستثنى فبقى استحقاقها الولاء على اصل النفى وجملة الكلام فيه ان النساء لا يرثن بالولاء الا ما اعتقن أو أعتق من اعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن وأولادهم وأولاد أولادهم وان سفلوا اذا كانوا من امرأة معتقة أو ماجر معتقهن من الولاء اليهن وبيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبدا لها ثم مات العبد ولا وارث له فولاؤه للمرأة لقوله صلى الله عليه وسلم خاصة فى النساء ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن وهذا معتقها ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن اعتق ومن تعم الذكر والانثى فلو ان معتقها اعتق عبدا له ثم مات العبد الاسفل ولم يترك وارثا فولاؤه لمولاه الذى اعتقه ولا يرث مولاه منه شيأ لانه معتق مولاه وليس بمعتقها حقيقة بل معتق معتقها فكان اثبات الولاء للمعتق حقيقة أولى فان مات العبد الاعلى ولم يترك عصبة ثم مات العبد الاسفل فولاؤه للمرأة المعتقة لانه معتق معتقها فيدخل تحت قوله صلى الله عليه وسلم أو اعتق من اعتقن ولو ترك العبد الاعلى عصبة فماله لعصبته لما ذكرنا ان شرط الارث بالولاء ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب وكذلك لو ان المعتق الثانى اعتق ثالثا والثالث اعتق رابعا فميراثهم كلهم اذا ماتوا لها اذا لم يخلف من مات منهم مولى اقرب اليه منها ولا عصبة ولو كاتبت

المرأة عبدالها فادى فعتق ثم مات العبد المكاتب فولاؤه لها لقول النبي صلى الله عليه وسلم أو كاتبن وكذا لو كان العبد المكاتب كاتب عبده من اكسابه فادى الاسفل أولا فعتق كان ولاؤه لها لان الاعلى ليس من أهل الولاء لانه عبد مملوك بعد وكذا اذا اديا جميعا معا فعتقا فولاؤهما لها لقوله صلى الله عليه وسلم أو كاتب من كاتبن وكذا اذا دبرت امرأة عبدالها فماتت ثم مات العبد كان ولاؤها منها حتى يكون للذكور من عصبتها وكذا اذا ماتت المرأة حتى عتق المدبر بموتها فدبر عبده فولاؤه يكون لعصبتها وكذا ولاء أولادها وولاء أولاد أولادهم الذين ولدوا من امرأة معتقة يكون لها لان ولاءهم يثبت لآبائهم و ولاء آبائهم لها كذا ولاء أولادهم امرأة زوجت عبدها بمولاة قوم فولدت ولدا فولاء الولد يكون لمولى أمه ولا يكون للمرأة منه شئ وهذا مما لا يشك فيه لان أبا الولد ليس بمعتق بل هو عبد مملوك ولا يتصور ولاء العتاقة بدون العتق فلو أعتقت المرأة عبدها جر العبد المعتق ولاء الولد الى مولاته حتى لو مات الولد ولا وارث له كان ماله لابيه فان لم يكن له أب فان كان مات فولاؤه للمرأة التى أعتقت اباه هذا تفسير جر موالى النساء الولاء اليهن والله عز وجل أعلم امرأة أعتقت عبدالها ثم ماتت ثم مات العبد المعتق فولاء معتقها لولدها الذكور ان كانوا من عصبتها وعقله عليهم أيضا بلا خلاف وان كانوا من غير عصبتها فولاء معتقها لولدها الذكور والذين هم من غير عصبتها وعقله على سائر عصبتها دون ولدها فان انقرض ولدها وخلفوا عصبة لهم ليسوا من قوم المرأة المعتقة ولها عصبة كان لعصبتها دون عصبة ابنها لان الولاء للكبر وانه لا يورث وكذلك ماروى عن على رضى الله عنه انه قال يرجع الولاء الى عصبتها اذا انقطع ولدها الذكور وهو قول عامة العلماء واذا لم يكن لها عصبة من نسب وكان لها موالى اعتقوها فالولاء لمواليها وكان شريح يجعل الولاء بعد بنيها لعصبة البنين دون عصبتها لانه يجعل الولاء ميراثا كالمال و بيان هذه الجملة امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وتركت ابنها واخاها ثم مات العبد المعتق فماله لابنها لا لاخيها بلا خلاف فان مات ابنها وترك اخاله واباه فان الولاء للخال دون الاب لان الخال أخ المعتقة وهو عصبتها والاب لا قرابة بينه و بين المعتقة وعلى قول شريح الولاء الذى للاخ ينبغى ان يكون للاب لا للخال لان الاب عصبة الابن وكذلك اذا مات الابن وترك أخا لاب أو عما أو جدا من قبل أبيه أو ترك ابنى عم أو ترك موالى أبيه فهذا كله سواء والولاء يرجع الى عصبة الام الاقرب منهم فلاقرب ان كان لها بنو عم يرجع اليهم وان لم يكن وكان لها موالى اعتقوها يرجع الولاء اليهم وفى قول شريح لا يرجع الولاء ويمضى على جهته وعن الشعبى وابن أبى ليلى ان الولاء للذكور من ولدها والعقل عليهم أيضا دون سائر عصبة المعتقة وقالا كما يرثونه كذلك يعقلون عنه لان الخراج بالضمان والصحيح قول العامة لما ان عليا والزبير رضى الله عنهما اختصما الى عمر رضى الله عنه فى ولاء مولى صفية بنت عبد المطلب فقال الزبير هى أمى فانا ارثها ولى ولاؤها وقال على هى عمتى وأنا عصبتها وأنا أعقل عنها فلى ولاؤها فقضى عمر رضى الله عنه بالولاء للزبير و بالعقل على على رضى الله عنه والمعنى فيه ان استحقاق الميراث بالعصوبة والابن فى ذلك مقدم على الاخ وابن العم وأما العقل فبالتناصر ألا ترى ان أهل الديوان يتعاقلون بالتناصر ولا ميراث بينهم ولا عصوبة والتناصر لها ولمولاها بقوم أبيها لا بابنها كذلك كان العقل عليهم واعتبار العقل بالميراث غير سديد لان العقل ليس يتبع الميراث لا محالة الا ترى ان الرجل يرثه ولده الذكور والاناث وأخواته ولو جنى جناية لها عقل كان عقلها على عصبته دون ولده وأخواته ولو اعتق أمة له ثم غرقا جميعا ولا يدرى أيهما مات أولا لم يرث المولى منها وكان ميراثه لعصبة المولى ان لم يكن لها وارث واصل المسئلة ان الغرقى والهدمى لا يرث بعضهم بعضا عندنا وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم لان كل أمرين حادثين لا يعرف تاريخهما يجعل كانهما وقعا معا والمسئلة تعرف فى كتاب الفرائض ومنها انه لازم حتى لا يقدر المعتق على ابطاله حتى لو اعتق عبده سائبة بان اعتقه وشرط ان يكون سائبة لا ولاية له عليه كان شرطه باطلا وولاؤه له عند عامة العلماء وقال مالك ولاؤه لجميع المسلمين والصحيح قول العامة لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وكذا لا يملك نقله الى غيره حتى لا يجوز بيعه

وهبته

وهبته والتصدق به والوصية وهذا قول عامة العلماء وقال بعضهم يملك نقله بالبيع وغيره واحتجوا بما روى ان اسماء رضى الله عنها اعتقت عبدا فوهبت الولاء لابن مسعود رضى الله عنهما ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولان محل هذه التصرفات المال والولاء ليس بمال فلا يجوز بيعه كالنسب واما ما روى عن اسماء رضى الله عنها فيحتمل ان يكون معناه وهبت له ما استحقت بالولاء وهو المال فرواه الراوى ولاء لكونه مستحقا بالولاء أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل وكذا اذا باع عبدا وشرط على المشترى ان يكون ولاؤه له فالشرط باطل ويكون ولاؤه للمشترى اذا أعتق عبده وشرط أن يكون ولاؤه لجماعة المسلمين لم يصح ويكون ولاؤه له لما روى ان عائشة رضى الله عنها لما اشترت بريرة شرط عليها ان يكون ولاؤها لمواليها فخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال فى خطبته ما بال اقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل وان كان مائة شرط وهل يحتمل الولاء التحول من محل الى محل ينظر فيه ان ثبت بايقاع العتق فيه لا يتحول ابدا لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق الزم الولاء المعتق وان ثبت بحصول العتق لغيره تبعا يتحول اذا قام دليل التحول وبيان هذه الجملة عند تزوج امة لقوم فولدت منه ولدا فأعتقها مولاها وولدها اوكانت حبلى به حين أعتقها او أعتقها فولدت بعد العتق لاقل من ستة اشهر اوكانت معتدة من طلاق أو موت فولدت لتمام سنتين من يوم الموت أو الطلاق وقد اعتق الاب رجل آخر كان ولاء الولد للذى اعتقه مع امه ولا يتحول الى مولى ابيه وان اعتق ابوه بعد ذلك لانه لما اعتقهما فقد ثبت ولاء الولد بايقاع العتق فيه فلا يحتمل التحول وكذا اذا اعتقها وهى حبلى لما قلنا وكذا اذا أعتقها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاعتاق لانا تيقنا بكونه فى البطن وقت الاعتاق لان الولد لا يولد لاقل من ستة اشهر فيثبت ولاؤه بالاعتاق فلا يتحول ولو جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا يتحول ولاؤه الى موالى الاب لانا لم نعلم يقينا انه كان فى البطن وقت اعتاق الام فيجعل كانها حبلت بعد العتق فيكون حرا تبعا للام ويثبت له الولاء من موالى امه على جهة التبعية وولاء الولد اذا ثبت لموالى الام على وجه التبعية يتحول الى موالى الاب اذا أعتق الاب لما نذكر ان شاء الله عز وجل واذا كانت الام معتدة من طلاق أو موت فان نسب الولد يثبت الى سنتين لان الوطء كان حراما فيجعل مدة الحمل سنتين ويحكم بكون الولد فى البطن يوم الاعتاق فاذا حكمنا بوجوده يوم الاعتاق يثبت الولاء بالاعتاق فلا يتحول الى غيره واذا كانت المعتقة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها لان الولد يتبع الام فى الرق والحرية فان أعتق ابوه جر ولاء الولد الى مولاه هكذا روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق ابوه جر الولاء وعن الزبير بن العوام رضى الله عنه أنه أبصر فتية لعساء أعجبه ظرفهم وامهم مولاة لرافع بن خديج رضى الله عنه وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير اباهم فاعتقه ثم قال انتسبوا الى وقال رافع بل هم موالى فاختصما الى عثمان رضى الله عنه فى ولاء الولد فقضى بولائهم للزبير يعنى ان الاب جر ولاء ولده الى مولاهم وهو الزبير حين أعتقه الزبير وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينقل انه أنكر عليه أحد فيكون اجماعا ولان الاصل فى الولاء هو الاب لان الولاء لحمة كلحمة النسب والاب هو الاصل فى النسب حتى ينسب الولد الى الاب ولا ينسب الى الام الا عند تعذر النسبة الى الاب وكذا فى اعتبار الولاء وانما يعتبر جانب الام عند تعذر الاعتبار من جانب الاب بان لم يكن من أهل الولاء ولا تعذر ههنا فيعتبر جانبه ولان الارث بالولاء من طريق العصوبة والتعصيب من قبل الاب اقوى فكان أولى ولو مات الاب عبدا ولم يعتق كان ولاء ولده لموالى الام ابدا لتعذر اعتبار جانب الاب وأما الجد فهل يجر ولاء الحافد بان كان للاب الذى هو عبد اب عبد وهو جد الصبى فاعتق الجد والاب عبد على حاله قال عامة العلماء لا يجر ولا يكون مسلما باسلام الجد وولاء اولاد ابنه العبد لموالى الام لا لموالى الجد وقال الشعبى يجر ويكون مسلما باسلام الجد وجه قوله ان الجد يقوم مقام الاب فى الولاية فان الاب اذا كان عبدا تتحول الولاية الى الجد فكذا يقوم مقامه فى جر الولاء والاسلام ولنا أن الاب

فاصل بين الابن والجد فلا يكون الابن تابعاله فى الولاء والاسلام ولان الجد لو جر الولاء لكان لا يثبت الولاء لموالى الام رأسا اذلا شك ان أصله يكون حرا امامن الجد أى لابيه أومن قبله من الاجداد الى آدم صلى الله عليه وسلم فلما ثبت الولاء لموالى الام فى الجملة ثبت ان الجد لا يجر وكذا لا يصير مسلما باسلام الجد لانه لو صار مسلما باسلامه لصار مسلما باسلام جد الجد ولكان الناس كلهم مسلمين باسلام آدم صلى الله عليه وسلم و ينبغى أن لا يجوز استرقاق احد والمعلوم بخلافه فثبت أن القول بجعل الولد تابعا للجد فى الولاء باطل وأما بيان قدره فالولاء يثبت بقدر العتق لان سبب ثبوته العتق والحكم يتقدر بقدر السبب و بيانه فى العبد المشترك بين اثنين أعتق أحدهما نصيبه وهو موسر او معسر وقد ذكرنا الاختلاف فيه فى كتاب العتاق بناء على تجزى العتق وعدم تجزيه والله أعلم وأما بيان حكم الولاء فله احكام منها الميراث وهو أن يرث المعتق مال المعتق لما ذكرنا من الادلة ويرث مال أولاده عند وجود شرط الارث وهو ما ذكرنا ومنها تحمل العقل للتقصير فى النصرة والحفظ ومنها ولاية الانكاح لانه آخر العصبات ثم اذا ورث المعتق مال المعتق فان كان العتق معلوما يدفع اليه وان لم يعلم توقف الولاء كما اذا اشترى رجل عبداً ثم ان المشترى أقر ان البائع كان قد اعتقه قبل أن يبيعه فهو حر و ولاؤه موقوف اذا جحد البائع ذلك فان صدقه بعد ذلك لزمه الولاء وعليه أن يرد الثمن على المشترى وكذا ان صدقه ورثته بعد موته أما حرية العبد فان اعتاق البائع ان لم يثبت فى حق البائع باقرار المشترى لتكذيب البائع اياه فقد ثبت فى حقه لانه فى اقراره على نفسه مصدق ان لم يصدق على غيره فيثبت اعتاق البائع حقه فيثبت حرية العبد فى حقه لكن ليس له أن يرجع بالثمن على البائع لان اقراره بالاعتاق لم ينفذ فى حقه لتكذيبه اياه فلم يثبت عتق العبد فى حقه وأما كون الولاء موقوفا فلأنه لا يمكن اثباته للمشترى لانه لم يوجد منه الاقرار باعتاق العبد عن نفسه ولا يمكن اثباته للبائع لان اقرار المشترى لم ينفذ عليه فلم يكن العتق معلوما فبقى ولاء العبد موقوفا على تصديق البائع له وورثته فان صدقه البائع لزمه الولاء لوجود الاعتاق منه باقراره ولزمه رد الثمن الى المشترى لانه تبين أنه باع حراً وكذا اذا مات البائع فصدقه ورثة المشترى لان ورثته قاموا مقام الميت فصار تصديقهم كتصديق الميت هذا اذا أقر المشترى باعتاق البائع فانه أقر بتدبيره وانكر البائع فمات البائع عتق العبد لان اقرار المشترى بالتدبير من البائع اقرار منه باعتاقه العبد بعد موته فاذا مات نفذ اقراره فى حقه ان لم ينفذ فى حق البائع لما قلنا فيحكم بحرية العبد على المشترى وولاؤه يكون موقوفا لما قلنا الا اذا صدقه ورثة البائع بعد موته فيلزم الولاء البائع استحسانا والقياس ان لا يلزمه فى هذا وفى الوجه الاول أيضا وجه القياس أن ولاء الميت لم يثبت فالورثة بالتصديق يريدون اثبات ولاء لم يثبت فلا يملكون ذلك كما لا يملكون اثبات النسب وجه الاستحسان ان تصديقهم اقرار منهم بما يملكون انشاء سببه فى الحال لانهم يملكون اعتاق العبد للحال فكان اقرارا على أنفسهم بثبوت الولاء لهم فى الحقيقة فيصح اقرارهم فى حق أنفسهم بثبوت الولاء وكذلك امة بين رجلين شهد كل واحد منهما أنها أم ولد من صاحبه وصاحبه ينكر فاذا مات أحدهما عتقت الجارية وولاؤها موقوف أما العتق فلان كل واحد منهما اقر على صاحبه بعتقها عند موت صاحبه فيصح اقرار كل واحد منهما فى حق نفسه و يكون ولاؤها موقوفا لان كل واحد منهما نفى الولاء عن نفسه والحقه بصاحبه فانتفى عن نفسه ولم يلحق بصاحبه فبقى موقوفا وكذلك عبد بين رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه انك قد اعتقت هذا العبد وجحد الآخر فالعبد حر وولاؤه موقوف حتى لو مات وترك مالا لم يرثه واحد منهما و يوقف فى بيت المال الى ان يصدق أحدهما صاحبه لما قلنا وعلى هذا مسائل ثم كل ولاء موقوف فميراثه يوقف فى بيت المال وجناية العبد على نفسه لا يعقل عنه بيت المال وانما يوقف ميراثه ببيت المال لان ولاءه موقوف لا يعرف لمن هو فكان ميراثه موقوفا أيضا لانه يثبت به فيوقف فى بيت المال كاللقطة وأما جنايته فانما لا تتحمل عنه بيت المال لان له عاقلة غير بيت المال وهو نفسه فلا يجوز حمل عقله على بيت المال و يصير هو عاقلة نفسه فى هذه الحالة لجهالة مولاه بخلاف

الميراث فانه لا يمكن اثباته لغير مستحقه ولا يستحق الا أحدهم وهو غير معلوم فيوضع فى بيت المال ضرورة وهذا بخلاف اللقيط انه يرثه بيت المال و يعقل عنه أيضا الان ههنا ولاؤه كان ثابتا من انسان الا انه لا يعرف وانما يجعل العقل على بيت المال اذا لم يكن له ولاء ثابت الاان ميراثه يوضع فى بيت المال لانه مال ضائع ولا يثبت ولاء اللقيط من أحد فكان عقله على بيت المال كما ان ميراثه لبيت المال والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يظهر به الولاء فالولاء يظهر بالبينة مرة و بالاقرار أخرى أما البينة فنحو ان يدعى رجل انه وارثه بولاء العتاقة فيشهد له شاهدان ان هذا الحى أعتق هذا الحى أو أعتق هذا الميت وهو يملكه وهو وارثه ولا يعلمون له وارثا غيره جازت الشهادة لانهم شهدوا شهادة مفسرة لا جهالة فيها فقبلت ولو شهدا ان الميت مولاه وانه وارثه لا وارث له غيره لم تجز الشهادة حتى يفسر الولاء لان الولاء يختلف قد يكون ولاء عتاقة وقد يكون ولاء موالاة وأحكامها تختلف فما لم يفسر كان مجهولا فلا يقبل الشهادة عليه وكذلك لو شهدوا ان الميت مولاه مولى العتاقة أيضا لم يجز لان مولى العتاقة نوعان أعلى وأسفل واسم المولى يستعمل فى كل واحد منهما على السواء فلا تقبل الشهادة الا بالبيان والتفسير ولو ادعى رجلان ولاءه بالعتق وأقام كل واحد منهما بينة جعل ميراثه بينهما لانهما استويا فى سبب الاستحقاق وهو الدعوى والحجة فيستويان فى الاستحقاق ولو وقتا وقتا فالسابق وقتا أولى لانه أثبت العتق فى وقت لا ينازعه فيه صاحبه وكان الثانى مستحقا عليه ولو كان هذا فى ولاء الموالاة كان صاحب الوقت الآخر أولى لان ولاء الموالاة يحتمل النقض والفسخ فكان عقد الثانى نقضا للاول الا ان يشهد شهود صاحب الوقت الاول أنه كان قد عقل عنه لانه حينئذ لا يحتمل النقض فاشبه ولاء العتاقة وان أقام رجل البينة انه أعتقه وهو يملكه لا يعلمون له وارثا سواه فقضى له القاضى بميراثه وولائه ثم أقام آخر البينة على مثل ذلك لم يقبل الا ان يشهدوا انه اشترى من الاول قبل ان يعتقه ثم أعتقه وهو يملكه فيبطل قضاء الاول لان الاصل أن القاضى اذا قضى بقضية فانه لا يسمع ما ينافيها الا اذا تبين ان القضاء الاول كان باطلا واذا لم يشهدوا انه اشتراه من الاول قبل ان يعتقه لم يتبين بطلان القضاء الاول فلا تقبل البينة من الثانى الا اذا قامت على الشراء من الاول قبل ان يعتقه فيقبل و يقضى للثانى و يبطل قضاؤه للاول لانه تبين بهذه الشهادة ان الاول أعتق ما لا يملك فتبين انه وقع باطلا وصح الثانى وأما الاقرار فنحو ان يقر رجل انه مولى لفلان مولى عتاقة من فوق أو تحت وصدقه الآخر وهو مولاه يرثه و يعقل عنه قومه لان الولاء سبب يتوارث به فيصح الاقرار به كالنسب والنكاح فان كان له أولاد كبار فنكروا ذلك وقالوا أبونا مولى العتاقة لفلان آخر فالاب مصدق على نفسه وأولاده مصدقون على أنفسهم لانه لا ولاية للاب على الاولاد الكبار فلا ينفذ اقراره عليهم و يصح اقرارهم على أنفسهم لان لهم ولاية على أنفسهم وان كان الاولاد صغارا كان الاب مصدقا لانه له ولاية على أولاده الصغار ألا ترى انه لو عقد مع انسان عقد الولاء تبعه أولاده الصغار وان كذبته الام ونفت ولاءه لم يلتفت الى قولها و يؤخذ بقول الاب لان الاب اذا كان حيا كانت الولاية له والولاء يشبه النسب والنسب الى الآباء وكذلك ان قالت هم ولدى من غيرك لم تصدق لانهم فى يد الاب دون الام فلا تصدق الام أنهم لغيره فان قالت ولدته بعد عتقى بخمسة اشهر فهو مولى الموالى وقال الزوج ولدتيه بعد عتقك بستة أشهر فالقول قول الزوج لان الولد ظهر فى حال يكون ولاؤه لمولى الاب والمرأة تدعى انها ولدت فى حال يكون ولاؤه لمولى الام فكان الحال شاهدا للزوج فلا يقبل قولها الا ببينة ونظير هذا الزوج والمرأة اذا اختلفا فقال أحدهما كان النكاح قبل ستة أشهر والولد من الزوج وقال الآخر كان النكاح منذ أربعة أشهر فالقول قول الذى يدعى ان النكاح قبل ستة أشهر لان الولد ظهر فى حال اثبات النسب من الزوج وهو حال قيام النكاح و يصح الاقرار بولاء العتاقة فى الصحة والمرض لانه سبب التوارث فيستوى فيه الصحة والمرض كالنسب والنكاح ولو قال أعتقنى فلان أو فلان وادعاه كل واحد منهما على صاحبه فهذا الاقرار باطل لانه اقرار بمجهول فان أقر بعد ذلك لاحدهما أو لغيره انه مولاه

جاز لان اقراره الاول وقع باطلا لجهالة المقر له والولاء لا يثبت من المجهول كالنسب فبطل والتحق بالعدم فبعد ذلك له
ان يقر لمن شاء والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما ولاء الموالاة فالكلام فيه في مواضع في بيان ثبوته شرعا وفي بيان سبب الثبوت وفي بيان شرائط
الثبوت وفي بيان صفة السبب وفي بيان حكمه وفي بيان صفة الحكم وفي بيان ما يظهر به أما الاول فقد اختلف في
ثبوت هذا الولاء قال أصحابنا انه ثابت ويقع به التوارث وهو قول عمر وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم وهو
قول ابراهيم النخعي وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه انه يورث به ويوضع في بيت المال وبه أخذ مالك والشافعي وجه
قولهما ان في عقد الولاء ابطال حق جماعة المسلمين لانه اذا لم يكن للعاقد وارث كان ورثته جماعة المسلمين ألا ترى
انهم يعقلون عنه فقاموا مقام الورثة المعينين وكما لا يقدر على ابطال حقهم لا يقدر على ابطال حق من قام مقامهم ولهذا
قالا اذا أوصى بجميع ماله لانسان ولا وارث له لم يصح لانه اذا لم يكن له وارث معين كان وارثه جماعة المسلمين فلا
يملك ابطال حقهم كذا هذا والصحيح قولنا بالكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب الكريم فقوله عز وجل
والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم والمراد من النصيب الميراث لانه سبحانه وتعالى أضاف النصيب اليهم
فيدل على قيام حق لهم مقدر في التركة وهو الميراث لان هذا معطوف على قوله ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان
والاقربون لكن عند عدم ذوي الارحام عرفناه بقوله عز وجل وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله
وأما السنة فما روى عن تميم الداري رضي الله عنه انه قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عمن أسلم على يدي
رجل ووالاه فقال صلى الله عليه وسلم هو أحق الناس به محياه ومماته أي حال حياته وحال موته أراد به صلى الله عليه
وسلم محياه في العقل ومماته في الميراث وأما المعقول فهو ان بيت المال انما يرث بولاء الايمان فقط لانه بيت مال
المؤمنين قال الله عز وجل والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض وللمولى هذا الولاء وولاء المعاقدة فكان أولى
من عامة المؤمنين ألا ترى ان مولى العتاقة أولى من بيت المال للتساوي في ولاء الايمان والترجيح لولاء العتق كذا
هذا الا أن مولى الموالاة يتأخر عن سائر الاقارب ومولى العتاقة يتقدم على ذوي الارحام لان الولاء بالرحم فوق
الولاء بالعقد فيتخلف عن ذوي الارحام وولاء العتاقة بما تقدم من النعمة بالاعتاق الذي هو احياء وايلاد معنى الحق
بالتعصيب من حيث المعنى ولذلك قال صلى الله عليه وسلم الولاء لحمة كلحمة النسب وأما قولهما ان جماعة
المسلمين ورثته فلا يقدر على ابطال حقهم بالعقد فنقول انما يصيرون ورثته اذا مات قبل المعاقدة فاما بعد المعاقدة فلا
والدليل على بطلان هذا الكلام انه تصح وصيته بالثلث ولو كان كذلك لما صحت لكونها وصية للوارث وأما سبب
ثبوته فالعقد وهو الايجاب والقبول وهو ان يقول الذي أسلم على يد انسان له أو لغيره أنت مولاي ترثني اذا مت
وتعقل عني اذا جنيت فيقول قبلت سواء قال ذلك للذي أسلم على يديه أو لآخر بعد ان ذكر الارث والعقل في
العقد ولو أسلم على يد رجل ولم يواله ووالى غيره فهو مولى للذي والاه عند عامة العلماء وعند عطاء هو مولى للذي
أسلم على يده والصحيح قول العامة لقوله عز وجل والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم جعل الولاء للعاقد
وكذا لم ينقل ان الصحابة أثبتوا الولاء بنفس الاسلام وكل الناس كانوا يسلمون على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم والصحابة والتابعين وكان لا يقول أحد لمن أسلم على يد أحد انه ليس له أن يوالي غير الذي أسلم على يده فثبت
أن نفس الاسلام على يد رجل ليس سببا لثبوت الولاء له بل السبب هو العقد فما لم يوجد لا يثبت الارث والعقل
وأما شرائط العقد فمنها عقل العاقد اذ لا صحة للايجاب والقبول بدون العقل وأما البلوغ فهو شرط الانعقاد في جانب
الايجاب فلا ينعقد الايجاب من الصبي وان كان عاقلا حتى لو أسلم الصبي العاقل على يد رجل والاه لم يجز وان أذن
أبوه الكافر بذلك لان هذا عقد وعقود الصبي العاقل انما يقف على اذن وليه ولا ولاية للاب الكافر على ولده المسلم
فكان اذنه والعدم بمنزلة واحدة ولهذا لا تجوز سائر عقوده باذنه كالبيع ونحوه كذا عقد الموالاة وأما من جانب

القبول فهو شرط النفاذ حتى لو والى بالغ صبيا فقبل الصبي ينعقد موقوفا على اجازة أبيه أو وصيه فان أجاز جاز لان
هذا نوع عقد فكان قبول الصبي فيه بمنزلة قبوله فى سائر العقود فيجوز باذن وليه ووصيه كسائر العقود وللاب
والوصى أن يقبلا عنه كما فى البيع ونحوه وكذلك لو والى رجل عبدا فقبل العبد وقف على اجازة المولى فاذا أجاز
جاز الا ان فى العبد اذا أجاز المولى فالولاء من المولى وفى الصبي اذا أجاز الاب والوصى فيكون الولاء من الصبي
وانما كان كذلك لان العبد لا يملك شيأ فوقع قبوله لمولاه ألا ترى انه لو اشترى شيأ كان المشترى لمولاه فاما الصبي
فهو من أهل الملك ألا ترى انه لو اشترى شيأ كان المشترى له ولو والى رجل مكاتبا جاز وكان مولى لمولى المكاتب
لان قبول المكاتب صحيح ألا ترى انه يملك الشراء فجاز قبوله الا ان الولاء يكون للمولى لان المكاتب ليس من أهل
الولاء ألا ترى انه لو كاتب عبدا فادى وعتق كان الولاء للمولى بخلاف الصبي فانه من أهل الولاء ألا يرى ان الاب
لو كاتب عبد ابنه الصغير فادى فعتق ثبت الولاء من الابن وأما الاسلام فليس بشرط لصحة هذا العقد فيصح فتجوز
موالاة الذمى الذمى والذمى المسلم والمسلم الذمى لان الموالاة بمنزلة الوصية بالمال ولو أوصى ذمى لذمى أو لمسلم أو
مسلم لذمى بالمال جازت الوصية كذا الموالاة وكذا الذمى اذا والى ذميا ثم أسلم الاسفل جاز لما قلنا وكذا الذكورة
ليست بشرط فتجوز موالاة الرجل امرأة والمرأة رجلا وكذا دار الاسلام حتى لو أسلم حربى فوالى مسلما فى دار
الاسلام أو فى دار الحرب فهو مولاه لان الموالاة عقد من العقود فلا يختلف بالذكورة والانوثة وبدار الاسلام وبدار
الحرب والله عز وجل أعلم ومنها أن لا يكون للعاقد وارث وهو أن لا يكون له من أقاربه من يرثه فان كان لم يصح العقد
لان القرابة أقوى من العقد ولقوله عز وجل وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وان كان له زوج
أو زوجة يصح العقد وتعطى نصيبها والباقى للمولى ومنها أن لا يكون من العرب حتى لو والى عربى رجلا من غير قبيلته
لم يكن مولاه ولكن ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه لان جواز الموالاة للتناصر والعرب يتناصرون بالقبائل وانما
تجوز موالاة العجم لانهم ليس لهم قبيلة فيتناصرون بها فتجوز موالاتهم لاجل التناصر وأما الذى هو من العرب فله
قبيلة ينصرونه والنصرة بالقبيلة أقوى فلا يصير مولى ولهذا لم يثبت عليه ولاء العتاقة وكذا ولاء الموالاة ولانه لما لم
يثبت عليه ولاء العتاقة مع أنه أقوى فولاء الموالاة أولى وكذا لو والت امرأة من العرب رجلا من غير قبيلتها لما بينا
ومنها أن لا يكون من موالى العرب لان مولاهم منهم لقوله صلى الله عليه وسلم وان مولى القوم منهم ومنها أن لا يكون
معتق احد فان كان لا يصح منه عقد الموالاة لان ولاء العتاقة أقوى من ولاء الموالاة لانه لا يلحقه الفسخ وولاء
الموالاة يلحقه الفسخ فلا يجوز رفع الاقوى بالاضعف ومنها أن لا يكون قد عقل عنه بيت المال لانه لما عقل عنه بيت
المال فقد صار ولاؤه لجماعة المسلمين فلا يجوز تحويله الى واحد منهم بعينه فان كان قد عقل عنه لم يجز أبدا لانه سواء
كان عاقد غيره فعقل عنه أو عقل عنه بيت المال حتى لو مات فان ميراثه لمن عاقده أولا فعقل عنه أو لبيت المال لانه لما
عاقد غيره فعقل عنه فقد تأكد عقده ولزم وخرج عن احتمال النقض والفسخ لما ذكر فلا يصح معاقدته غيره وكذا
اذا عقل عن الذى يواليه وان كان عاقد غيره ولم يعقل عنه جاز عقده مع آخر لان مجرد العقد بدون العقل غير لازم فكان
اقدامه على الثانى فسخا للاول وأما صفة العقد فهو أنه عقد جائز غير لازم حتى لو والى رجلا كان له أن يتحول عنه
بولائه الى غيره لانه عقد لا يملك به شئ فلم يكن لازما كالوكالة والشركة لانه بمنزلة الوصية بالمال والوصية غير لازمة
فكذا عقد الموالاة الا اذا عقل عنه لانه اذا عقل عنه فقد تأكد العقل بقضاء القاضى وفى التحول به الى غيره فسخ
قضائه فلا يملك فسخ القضاء وكذا له أن يفسخه صريحا قبل أن يعقل عنه لان كل عقد غير لازم لكل واحد من
العاقدين فسخه كسائر العقود التى هى غير لازمة ولان كل عقد يجوز لاحد العاقدين فسخه يجوز للآخر كسائر العقود
القابلة للفسخ وههنا يجوز لاحد العاقدين فسخه وهو القابل فكذا الآخر الا انه ليس له أن يفسخه الا بحضرة
الآخر أى بعلمه لانه تعلق به حق الآخر فلا يملك اسقاطه مقصورا من غير علمه كعزل الوكيل مقصورا من غير علمه

الا أن يوالى الاسفل آخر فيكون ذلك نقضا دلالة وان لم يحضر صاحبه أو انتقاضا ضرورة لانه لا يملك موالاة غيره الا بانفساخ الاول فينفسخ الاول دلالة وضرورة وقد يثبت الشىء دلالة أو ضرورة وان كان لا يثبت قصدا كمن وكل رجلا ببيع عبده ثم عزله والوكيل غائب لم يعلم به لم يصح عزله ولو باع العبد أو أعتقه انعزل الوكيل علم أو لم يعلم كذا هذا والله الموفق وأما حكم العقد فالعقل فى حال الحياة والارث بعد الموت وهو أن المولى الاعلى يعقل عنه فى حال حياته و يرثه بعد موته فيرث الاعلى من الاسفل عندنا لما ذكرنا من الدلائل فيما تقدم ويرث الاسفل من الاعلى أيضا اذا شرط ذلك فى المعاقدة بخلاف ولاء العتاقة ان هناك يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى لان سبب الارث هناك وجد من الاعلى لا من الاسفل وهو العتق والسبب ههنا العقد وقد شرط فيه التوارث من الجانبين فيعتبر ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وكما يثبت حكم الولاء فى الرجال يثبت فى أولادهم الصغار تبعا لهم حتى لو والى انسانا وله أولاد صغار صاروا موالى للذى والاه الاب وكذا اذا والى انسانا ثم ولد له أولاد دخلوا فى ولاء الاب بطريق التبعية ولان للاب ولاية على ولده الصغير فينفذ عقده عليه ولا يصير أولاده الكبار موالى بموالاة الاب لانقطاع التبعية والولاية بالبلوغ حتى لو والى الاب انسانا وله ابن كبير فوالى رجلا آخر فولاؤه له لا لمولى أبيه ولو كبر بعض أولاده الصغار فاراد التحول عنه الى غيره فان كان المولى قد عقل عنه أو عن أبيه أو عن أحد اخوته لم يكن له أن يتحول وان لم يكن عقل عن أحد منهم كان له ذلك أما جواز التحول عند عدم العقل فلانه لو كان كبيرا وقت عقد الاب جاز له التحول وكذا اذا كبر فى العقد لان المانع من السراية فى الحالين واحد وهو عدم التبعية والولاية وأما عدم الجواز عند العقل فلما ذكرنا من اتصال قضاء القاضى به وفى التحول فسخه وهذا لا يجوز فيلزم ضرورة ولو عاقدت امرأة عقد الولاء ولها أولاد صغار لا يصيرون موالى للذى والته أمهم ولا تشبه الام فى هذا الباب الاب لانه ليس للمرأة ولاية على أولادها الصغار ألا ترى انها لا تشترى لهم ولا تبيع عليهم وللاب أن يفعل ذلك وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف فى المسئلة فقال يثبت حكم ولائها فى أولادها الصغار فى قول أبى حنيفة وعندهما لا يثبت ولو والى رجل رجلا ثم ولد من امرأة قد والت رجلا فولاء الولد لمولى الاب لانه اجتمع ولا آن ولاء الاب وولاء الام فترجح جانب الاب لان للاب ولاية عليهم ولا ولاية للام ألا ترى ان للاب أن يعقد على ولده عقد البيع والنكاح وليس للام ذلك فكذا عقد الولاء وكذا لو والت وهى حبلى ولا يشبه هذا ولاء العتاقة لان فى ولاء العتاقة اذا أعتقها وهى حبلى يثبت الولاء بالعتق والعتق يثبت فى الولد كما يثبت فى الام فكان للولد ولاء نفسه لكونه أصلا فى العتق فاما ولاء الموالاة فبالعقد وعقدها لا يجوز على ما فى بطنها فلم يصر الولد أصلا فى الولاء فكان تبعا للاب فى الولاء كما فى المسئلة الاولى وكذلك لو كان لهما أولاد صغار فوالت الام انسانا ثم والى الاب آخر فولاء الاولاد لموالى الاب لما قلنا ذمية أسلمت فوالت رجلا ولها ولد صغير من ذمى لم يكن ولاء ولدها لمولاها فى قول أبى يوسف ومحمد وفى قياس قول أبى حنيفة يكون ولاء ولدها لمولاها بمنزلة العتاقة وجه قولهما ان الام لا ولاية لها على الولد بدليل انه لا يجوز لها ان تعقد على ولدها عقد البيع والنكاح فكذلك عقد الولاء ولابى حنيفة ان الذمى لا ولاية له على ولده المسلم فتعذر اثبات الولاء من الاب والولاء اذا تعذر اثباته من جهة الاب يثبت من جهة الام كما اذا كان الاب عبدا وكما فى ولاء العتاقة اذا كان الاب عبدا ولو قدم حربى الينا بامان فاسلم و والى رجلا ثم سبى ابنه فاعتق لم يجز ولاء الاب وان سبى أبوه فاعتق جر ولاء ابنه الى مولاه لان الابن يتبع الاب فى الولاء لما ذكرنا فاما الاب فلا يتبع الابن لانه لا ينسب اليه وانما ينسب الابن الى أبيه فان كان ابن الابن أسلم ووالى رجلا لم يجر الجد ولاءه وذكر فى الاصل وقال لان الجد لا يجر الولاء الا ان يجر ولاء ابنه فيجر بجره ولاء ابنه ولاءه وقال الحاكم الشهيد وجه هذه المسئلة ان يكون الاسفل مواليا والاوسط حربيا والجد معتقا فلا يجر ولاء الاسفل الا ان يسلم الاوسط و يوالى فيجر الجد ولاءه وولاء الاسفل بجر ولائه ولو أسلم حربى أو ذمى على يدى

رجل ووالاه ثم اسلم ابنه الكبير على يدى رجل آخر ووالاه كان كل واحد منهما مولى للذى والاه ولا يجر بعضهم الى بعض وليس هذا كالعتاق انه اذا أعتق أبوه جر ولاء الولد الى نفسه لان ههنا ولاء كل واحد منهما ثبت بالعقد وعقد كل واحد منهما يجوز على نفسه ولا يجوز على غيره وهناك ولاء الولد ثبت بالعقد و ولاء الاب ثبت بالعتق و ولاء العتق أقوى من ولاء الموالاة فيستتبع الاقوى الاضعف وههنا بخلافه لان ولاء كل واحد منهما ليس أقوى من ولاء صاحبه لثبوت كل واحد منهما بالعقد فهو الفرق

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الحكم فهو ان الولاء الثابت بهذا العقد لا يحتمل التمليك بالبيع والهبة والصدقة والوصية لانه ليس بمال فلا يكون محلا للبيع كالنسب وولاء العتاقة ولقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لا يباع ولا يوهب حتى لو باع رجل ولاء موالاة أو عتاقة بعبد وقبضه ثم أعتقه كان اعتاقه باطلا لانه قبضه بغير بدل اذ الولاء ليس بمال فلم يملكه فلم يصح اعتاقه كما لو اشترى عبدا بميتة أو دم أو بخمر وقبضه ثم أعتقه ولو باع المولى الاسفل ولاءه من آخر أو وهبه لا يكون بيعا أيضا ولا هبة لما قلنا لكنه يكون نقضا للولاء الاول وموالاة لهذا الثانى لان الولاء لا يعتاض منه فبطل العوض و بقى قوله الولاء لك فيكون موالاة بينه و بين الثانى كما لو سلم الشفعة بمال صح التسليم لكن لا يجب المال

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يظهر به فانه يظهر بما ظهر به ولاء العتاقة وهو الشهادة المفسرة أو الاقرار سواء كان الاقرار فى الصحة أو المرض لانه غير متهم فى اقراره اذا لم يكن له وارث معلوم فيصح اقراره كما تصح وصيته بجميع ماله اذا لم يكن له وارث معلوم ولو مات رجل فأخذ رجل ماله وادعى انه وارثه وليس للقاضى أن يمنع منه اذا لم يخاصمه أحد لان القاضى لا يدرى البيت المال أو لغيره وهو يدعى انه له ولا مانع عنه فلا يتعرض له فان خاصمه أحد سأله القاضى البينة لانه لا يد له وكان مدعيا فعليه البينة

## ﴿ كتاب الاجارة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى سبع مواضع فى بيان جواز الاجارة وفى بيان ركن الاجارة ومعناها وفى بيان شرائط الركن وفى بيان صفة الاجارة وفى بيان حكم الاجارة وفى بيان حكم اختلاف العاقدين فى عقد الاجارة و فى بيان ما ينتهى به عقد الاجارة أما الاول فالاجارة جائزة عند عامة العلماء وقال أبو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع فلا يجوز اضافة البيع الى ما يؤخذ فى المستقبل كاضافة البيع الى أعيان تؤخذ فى المستقبل فاذا لا سبيل الى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال فلا جواز لها رأسا لكنا استحسنا الجواز بالكتاب العزيز والسنة والاجماع أما الكتاب العزيز فقوله عز وجل خبرا عن أب المرأتين اللتين سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام قال انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج أى على أن تكون أجيرا لى أو على أن تجعل عوضى من انكاحى ابنتى اياك رعى غنمى ثمانى حجج يقال آجره الله تعالى أى عوضه وأثابه وقوله عز وجل خبرا عن تينك المرأتين قالت احداهما يا أبت استأجره ان خير من استأجرت القوى الامين وما قص الله علينا من شرائع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتدأ و يلزمنا على أنه شريعتنا لا على أنه شريعة من قبلنا لما عرف فى أصول الفقه وقوله عز وجل فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله والاجارة ابتغاء الفضل وقوله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الآية فى حج المكارى فانه روى أن رجلا جاء الى ابن عمر رضى الله عنهما فقال انا قوم نكرى ونزعم أن ليس لنا حج فقال ألستم تحرمون وتقفون وترمون فقال نعم فقال رضى الله عنه أنتم حجاج ثم قال سأل رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سألتنى فلم يجبه حتى أنزل الله عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنتم حجاج وقوله عز وجل فى استئجار الظئر وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا

جناح عليكم نفى سبحانه وتعالى الجناح عمن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله تعالى اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف قيل أي الاجر الذى قبلتم وقوله فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وهذا نص وهو فى المطلقات وأما السنة فما روى محمد فى الاصل عن أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا ينكح على خطبته ولا تناجشوا ولا تبيعوا بالقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره وهذا منه صلى الله عليه وسلم تعليم شرط جواز الاجارة وهو اعلام الاجر فيدل على الجواز وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه أمر صلى الله عليه وسلم بالمبادرة الى اعطاء أجر الاجير قبل فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الاجارة وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة ومن كنت خصمه خصمته رجل أعطى بى ثم غدر و رجل باع حرا فأكل ثمنه و رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يعطه أجره وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رضى الله عنه رجلا من بنى الدئل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فأتاهما فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الدئلى فأخذ بهم طريق الساحل وأدنى ما يستدل بفعل النبى صلى الله عليه وسلم الجواز و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو فى حائطه فأعجبه فقال لمن هذا الحائط فقال لى يا رسول الله استأجرته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه خص صلى الله عليه وسلم النهى باستئجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جائزة أصلا لعم النهى اذ النهى عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يؤاجرون و يستأجرون فلم ينكر عليهم فكان ذلك تقريرا منه والتقرير أحد وجوه السنة وأما الاجماع فان الامة أجمعت على ذلك قبل وجود الاصم حيث يعقدون عقد الاجارة من زمن الصحابة رضى الله عنهم الى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبأ بخلافه اذ هو خلاف الاجماع و به تبين ان القياس متروك لان الله تعالى انما شرع العقود لحوائج العباد وحاجتهم الى الاجارة ماسة لان كل واحد لا يكون له دار مملوكة يسكنها أو أرض مملوكة يزرعها أو دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشراء لعدم الثمن ولا بالهبة والاعارة لان نفس كل واحد لا تسمح بذلك فيحتاج الى الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحقيقه ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتمليك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع تمليكها بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع تمليك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم يشرع الاجارة مع امتساس الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع

﴿ فصل ﴾ وأما ركن الاجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليهما وهو لفظ الاجارة والاستئجار والاكتراء والاكراء فاذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام فى صيغة الايجاب والقبول وصفتهما فى الاجارة كالكلام فيهما فى البيع وقد ذكرنا ذلك فى كتاب البيوع وأما معنى الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها أهل المدينة بيعا وأرادوا به بيع المنفعة ولهذا سمى البدل فى هذا العقد أجرة وسمى الله بدل الرضاع أجرا بقوله فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن والاجرة بدل المنفعة لغة ولهذا سمى المهر فى باب النكاح اجرا بقوله عز وجل فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن أى مهورهن لان المهر بدل منفعة البضع وسواء أضيف الى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلى والاوانى والظروف ونحو ذلك أو الى الصناع من القصار والخياط والصباغ والصائغ والنجار والبناء ونحوهم والاجير قد يكون خاصا وهو الذى يعمل لواحد وهو المسمى باجير الوحد وقد يكون مشتركا وهو الذى يعمل لعامة الناس وهو المسمى بالاجير المشترك وذكر بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال وفسر النوعين بما ذكرنا وجعل المعقود عليه فى أحد النوعين المنفعة وفى الآخر العمل وهى فى الحقيقة نوع واحد لانها بيع المنفعة فكان المعقود عليه

المنفعه فى النوعين جميعا الا ان المنفعة تختلف باختلاف محل المنفعة فيختلف استيفاؤها باستيفاء منافع المنازل بالسكنى والاراضى بالزراعة والثياب والحلل وعبيد الخدمة بالخدمة والدواب بالركوب والحمل والاوانى والظروف بالاستعمال والصناع بالعمل من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفاء كما فى أجير الوحد حتى لو سلم نفسه فى المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا عرف ان الاجارة بيع المنفعه فنخرج عليه بعض المسائل فنقول لا تجوز اجارة الشجر والكرم للثمر لان الثمر عين والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز اجارة الشاة للبنها أو سمنها أو صوفها أو ولدها لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجارة وكذا اجارة الشاة لترضع جديا أو صبيا لما قلنا ولا تجوز اجارة ماء فى نهر أو بئر أو قناة أو عين لان الماء عين فان استأجر القناة والعين والبئر مع الماء لم يجز أيضاً لان المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استئجار الآجام التى فيها الماء للسمك وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استأجرها مع الماء فهو أفسد وأخبث لان استئجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء أفسد ولا تجوز اجارة المراعى لان الكلأ عين فلا تحتمل الاجارة ولا تجوز اجارة الدراهم والدنانير ولا تبرهما وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استئجار المكيلات والموزونات لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك أعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة لا العين حتى لو استأجر الدراهم والدنانير ليعير بها ميزانا أو حنطة ليعير بها مكيالا أو زيتا ليعير به أرطالا أو أمنانا أو وقتا معلوما ذكر فى الاصل انه يجوز لان ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها فاشبه استئجار سنجات الميزان وذكر الكرخى انه لا يجوز الفقد شرط آخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع بهذه الاشياء من هذه الجهة غير مقصود عادة ولا يجوز استئجار الفحل للضراب لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الماء وهو عين وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل أى كرائه لان العسب فى اللغة وان كان اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهى لما فى النهى عنه من قطع النسل فكان المراد منه كراء عسب الفحل الا انه حذف الكراء واقام العسب مقامه كما فى قوله عز وجل واسأل القرية ونحو ذلك ولو استاجر كلبا معلما ليصيد به أو بازيا لم يجز لانه استئجار على العين وهو الصيد وجنس هذه المسائل تخرج على الاصل فان قيل أليس ان استئجار الظئر جائز وانه استئجار على العين وهى اللبن بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الاجرة فالجواب انه روى عن محمد ان العقد يقع على خدمة الصبى واللبن يدخل على طريق التبع فكان ذلك استئجارا على المنفعة أيضاً واستيفاؤها بالقيام بخدمة الصبى من غسله وغسل ثيابه والباسها اياه وطبخ طعامه ونحو ذلك واللبن يدخل فيه تبعاً كالصبغ فى استئجار الصباغ واذا أرضعته بلبن الشاة فلم تأت بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجرة كالصباغ اذا صبغ الثوب لونا آخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وذا لا يدل على ان المعقود عليه ليس هو المنفعة كذا ههنا ومن مشايخنا من قال ان المعقود عليه هناك العين وهى اللبن مقصوداً والخدمة تبع لان المقصود تربية الصبى ولا يتربى الا باللبن فاجرى اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج استئجار الاقطع والاشل للخياطة بنفسه والقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدين واستئجار الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط المصاحف انه غير جائز لان الاجارة بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الآلات والاسباب وكذا استئجار الارض السبخة والنزة للزراعة وهى لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور حدوثها منها عادة فلا تقع الاجارة ببيع المنفعة فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار المصحف انه لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه والقراءة منه والنظر فى مصحف الغير والقراءة منه مباح والاجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالاعيان المباحة من الحطب والحشيش وكذا استئجار كتب ليقرأ فيها شعرا أو فقها لان منافع الدفاتر النظر فيها والنظر فى دفتر الغير مباح من غير أجر فصار كما لو استأجر ظل حائط خارج داره ليقعد فيه ولو استأجر شيأ من الكتب ليقرأ فقرأ لا أجر عليه لانعدام عقد المعاوضة وعلى هذا أيضاً يخرج اجارة الآجام للسمك والقصب واجارة المراعى

للكلا وسائر الاعيان المباحة انها غير جائزة لما بينا والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاذ وبعضها شرط الصحة وبعضها شرط اللزوم أما شرط الانعقاد فثلاثة أنواع نوع يرجع الى العاقد ونوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع الى مكان العقد أما الذى يرجع الى العاقد فالعقل وهو أن يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون والصبى الذى لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما وأما البلوغ فليس من شرائط الانعقاد ولا من شرائط النفاذ عندنا حتى ان الصبى العاقل لو أجر ماله أو نفسه فان كان مأذونا ينفذ وان كان محجورا يقف على اجازة الولى عندنا خلافا للشافعى وهى من مسائل المأذون ولو أجر الصبى المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل يستحق الاجر ويكون الاجر له أما استحقاق الاجر فلان عدم النفاذ كان نظراله والنظر بعد الفراغ من العمل سلما فى النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به وكان الولى اذن له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير وأما كون الاجرة المسماة له فلانها بدل منافع وهى حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك ان كان مأذونا ويقف على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند الشافعى لا يقف بل يبطل واذا سلم من العمل فى اجارة نفسه أو اجارة مال المولى وجب الاجر المسمى لما ذكرنا فى الصبى الا ان الاجر هنا يكون للمولى لان العبد ملك المولى والاجر كسبه وكسب المملوك للمالك ولو هلك الصبى أو العبد فى يد المستأجر فى المدة ضمن لانه صار غاصبا حيث استعملهما من غير اذن المولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ولو قتل العبد أو الصبى خطأ فعلى عاقلته الدية أو القيمة وعليه الاجر فى ماله لان ايجاب الاجرة ههنا لا يؤدى الى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يؤاجر ويستأجر لانه فى مكاسبه كالحر وأما كون العاقد طائعا جادا عامدا فليس بشرط لانعقاد هذا العقد ولا لنفاده عندنا لكنه من شرائط الصحة كما فى بيع العين واسلامه ليس بشرط أصلا فتجوز الاجارة والاستئجار من المسلم والذمى والحربى المستأمن لان هذا من عقود المعاوضات فيملكه المسلم والكافر جميعا كالبياعات غير أن الذمى ان استأجر دارا من مسلم فى المصر فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها بالناقوس له ذلك ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك على طريق الحسبة لما فيه من احداث شعائرهم وفيه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما يمنع من احداث ذلك فى دار نفسه فى أمصار المسلمين ولهذا يمنعون من احداث الكنائس فى أمصار المسلمين قال النبى صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة أى لا يجوز اخصاء الانسان ولا احداث الكنيسة فى دار الاسلام فى الامصار ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ألا ترى انه لو فعل ذلك فى دار نفسه لا يمنع منه ولو كانت الدار بالسواد ذكر فى الاصل انه لا يمنع من ذلك لكن قيل ان أبا حنيفة انما أجاز ذلك فى زمانه لان أكثر أهل السواد فى زمانه كانوا أهل الذمة من المجوس فكان لا يؤدى ذلك الى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم فى المصر وهذا اذا لم يشرط ذلك فى العقد فأما اذا شرط بأن استأجر ذمى دارا من مسلم فى مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة لم تجز الاجارة لانه استئجار على المعصية وكذا لو استأجر ذمى من ذمى ليفعل ذلك لما قلنا ولا بأس باستئجار ظئر كافرة والتى ولدت من فجور لان الكفر والفجور لا يؤثران فى اللبن لان لبنهما لا يضر بالصبى ويكره استئجار الحمقاء لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يفسد والظاهر ان المراد منه غير الام لان الولادة أبلغ من الرضاع نهى وعلل بالافساد لان حمقها المرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبى ويحتمل ان النهى عن ذلك لئلا يتعود الصبى بعادة الحمق لان الصبى يتعود بعادة ظئره والله أعلم وأما الذى يرجع الى نفس العقد ومكانه فما ذكرنا فى كتاب البيوع وأما شرط النفاذ فأنواع منها خلو العاقد عن الردة اذا كان ذكرا فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس بشرط بناء على أن تصرفات المرتد موقوفة عند أبى حنيفة وعندهما نافذة وتصرفات المرتدة نافذة

فى قولهم جميعا وهى من مسائل كتاب السير ومنها الملك والولاية فلا تنفذ اجارة الفضولى لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك عندنا خلافا للشافعى كالبيع والمسئلة ذكرناها فى كتاب البيوع ثم الاجازة انما تلحق الاجارة الموقوفة بشرائط ذكرناها فى البيوع منها قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما اذا أجر الفضولى فأجاز المالك العقد انه لو أجاز قبل استيفاء المنفعة جازت وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات ألا ترى انه لو عقد عليه ابتداء بأمره جاز فاذا كان محلا لانشاء العقد عليه كان محلا للاجازة اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان أجاز بعد استيفاء المنفعة لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع المعقود عليها قد انعدمت ألا ترى أنها قد خرجت عن احتمال انشاء العقد عليها فلا تلحقها الاجازة وقد قالوا فيمن غصب عبدا فأجره سنة للخدمة وفى رجل آخر غصب غلاما أو دارا فأقام البينة رجل انه له فقال المالك قد أجزت ما أجرت ان مدة الاجارة ان كانت قد انقضت فللغاصب الاجر لما ذكرنا ان المعقود عليه قد انعدم والاجازة لا تلحق المعدوم وان كان فى بعض المدة فلا جر الماضى والباقى لرب الغلام فى قول أبى يوسف وقال محمد أجر ما مضى للغاصب وأجر ما بقى للمالك فأبو يوسف نظر الى المدة فقال اذا بقى بعض المدة لم يبطل العقد فبقى محلا للاجازة ومحمد نظر الى المعقود عليه فقال كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه بحياله كأنه عقد عليه عقد مبتدأ بالمنافع فى الزمان الماضى وانعدمت فانعدم شرط لحوق الاجازة العقد فلا تلحقه الاجازة وقد خرج الجواب عما ذكره أبو يوسف وقد قال محمد فيمن غصب أرضا فأجرها للزراعة فأجاز صاحب الارض الاجارة ان أجرة ما مضى للغاصب وأجرة ما بقى للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال فان أعطاها مزارعة فأجازها صاحب الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شئ للغاصب من الزرع لان المزارعة بمنزلة شئ واحد لا يفرد بعضها من بعض فكان اجازة العقد قبل الاستيفاء بمنزلة ابتداء العقد وأما اذا سمن الزرع فقد انقضى عمل المزارعة فلا يلحق العقد الاجازة وأما الاستئجار من الفضولى فهو كشرائه فانه أضاف العقد الى نفسه كان المستأجر له لان العقد وجد نفاذا على العاقد فينفذ عليه وان أضاف العقد الى من استأجر له ينظر ان وقعت الاضافة اليه فى الايجاب والقبول جميعا يتوقف على اجازته وان وقعت الاضافة اليه فى أحدهما دون الآخر لا يتوقف بل ينفذ على العاقد لما ذكرنا فى البيوع بخلاف الوكيل بالاستئجار انه يقع استئجاره للموكل وان أضاف العقد الى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا فى كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة الوكيل انها نافذة لوجود الولاية بانابة المالك اياه مناب نفسه فينفذ كما لو فعله الموكل بنفسه وله أن يؤاجر من ابن الموكل وأبيه لان للموكل ذلك لاختلاف ملكيهما كذا للوكيل وله أن يؤاجر من مكاتبه لان للمولى أن يؤاجر منه لانه لا يملك ما فى يده فكذا لوكيله وأما العبد المأذون فان لم يكن عليه دين فلا يملك أن يؤاجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان كسبه ملكه فكذا الوكيل وان كان عليه دين فله ذلك أما عند أبى حنيفة فلان المولى لا يملك ما فى يده وكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله أن يؤاجر منه وأما على قولهما فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به حق الغير فجعل المالك كالاجنبى ولا يجوز له أن يؤاجر من أبيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته له فى قول أبى حنيفة وعندهما تجوز بأجر مثله كما فى بيع العين وهو من مسائل كتاب الوكالة وله أن يؤاجر بمثل أجر الدار وبأقل عند أبى حنيفة وعندهما ليس له أن يؤاجر بالاقل وهو على الاختلاف فى البيع ولو آجر اجارة فاسدة نفذت ولان مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد كما فى البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصر مخالفا وعلى المستأجر أجر المثل اذا انتفع لانه استوفى المنافع بالعقد الفاسد ولو لم يؤاجر الموكل الدار لكنه وهبها من رجل أو أعارها اياه فسكنها سنين ثم جاء صاحبها فلا أجر له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على أصل أصحابنا لا تضمن الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ههنا وكذلك الاجارة من الاب والوصى والقاضى وأمينه نافذة لوجود الانابة من الشرع فللاب أن يؤاجر ابنه الصغير فى عمل من الاعمال لان ولايته على الصغير كولايته على نفسه لان شفقته عليه كشفقته على نفسه وله أن يؤاجر نفسه

فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين أحدهما ان المنافع فى الاصل ليست بمال خصوصا منافع الحر وبالاجارة تصير مالا وجعل ماليس بمال مالا من باب النظر والثانى ان ايجاره فى الصنائع من باب التهذيب والتاديب والرياضة وفيه نظر للصبى فيملكه الاب وكذا وصى الاب لانه مرضى الاب والجد أب الاب لقيامه مقام الاب عند عدمه ووصيه لانه مرضيه والقاضى لانه نصب ناظرا وأمينه لانه مرضيه ولا تجوز اجارة غير الاب ووصيه والجد ووصيه من سائر ذوى الرحم المحرم اذا كان له أحد ممن ذكرنا لان من سواهم لا ولاية له على الصغير ألا ترى أنه لا يملك التصرف فى ماله ففى نفسه أولى الا اذا كان فى حجره فتجوز اجارته اياه فى قولهم لانه اذا كان فى حجره كان له عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويؤدبه واستعماله فى الصنائع نوع من التأديب فيملكه من حيث انه تأديب فان كان فى حجر ذى رحم محرم منه فأجره ذو رحم محرم آخر هو أقرب اليه من الذى هو فى حجره بأن كان الصبى فى حجر عمه وله أم فأجرته قال أبو يوسف تجوز اجارتها اياه وقال محمد لا تجوز (وجه) قول محمد ان هؤلاء لا ولاية لهم على الصبى أصلا ومقصودا وانما يملكون الاجارة ضمنا للولاية التربية وانها تثبت لمن كان فى حجره فاذا لم يكن فى حجره كان بمنزلة الاجانب ولابى يوسف ان ذا الرحم انما يلى عليه هذا النوع من الولاية بسبب الرحم فمن كان أقرب اليه فى الرحم كان أولى كالاب مع الجد وللذى فى حجره ان يقبض الاجرة لان قبض الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد فكان ولاية القبض له وليس له أن ينفقها عليه لان الاجرة ماله والانفاق عليه تصرف فى ماله وليس له ولاية التصرف فى المال وكذا اذا وهب له هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها لان قبض الهبة منفعة محض للصغير ألا ترى ان الصغير يملك قبضها بنفسه وأما الانفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف فى ماله ولو بلغ الصبى فى هذا كله قبل انقضاء مدة الاجارة فله الخيار ان شاء أمضى الاجارة وان شاء فسخ لان فى استيفاء العقد اضرارا به لانه بعد البلوغ تلحقه الانفة من خدمة الناس والى هذا أشار أبو حنيفة فقال أرأيت لو تفقه فولى القضاء أكنت أتركه يخدم الناس وقد أجره أبوه هذا قبيح ولان المنافع تحدث شيأ فشيأ والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع فاذا بلغ فيصير كان الاب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء فكان له خيار الفسخ والاجارة كما اذا عقد ابتداء بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضى ووصيه فى اجارة عبد الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف فى ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما فى كتاب البيوع وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصبى ونفسه وماله ان يؤجره بأقل من أجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس فى مثله عادة ولو فعل لا ينفذ لانه ضرر فى حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لغير هؤلاء ممن هو فى حجره ان يؤاجر عبده أو داره لان ذلك تصرف فى المال فلا يملكه الا من يملك التصرف فى المال كبيع المال وقال ابن سماعة عن محمد أستحسن ان يؤاجروا عبده لانهم يملكون اجارة نفسه فاجارة ماله أولى وكذا أستحسن ان ينفقوا عليه ما لا بد منه لان فى تأخير ذلك ضررا عليه وكذلك أحد الوصيين يملك ان يؤاجر اليتيم فى قول أبى حنيفة ولا يؤاجر عبده وقال محمد يؤاجر عبده والصحيح قول أبى حنيفة لان لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف الضرر بتأخيره وفى ترك اجارة الصبى ضرر منه بترك تأديبه ولا ضرر فى ترك اجارة العبد ولا تجوز اجارة الوصى نفسه منه للصبى وهذا على أصل محمد لا يشكل لان الوصى لا يملك بيع ماله من الصبى أصلا فلا يملك اجارة نفسه منه أما على أصل أبى حنيفة فيحتاج الى الفرق بين البيع والاجارة حيث يملك البيع ولا يملك الاجارة ووجه الفرق انه انما يملك بيع ماله منه اذا كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير فى اجارة نفسه منه لان فيها جعل ماليس بمال مالا فلم يجز للوصى ان يعمل فى مال الصبى مضاربة والفرق بين الاجارة والمضاربة ان الوصى بعقد المضاربة لا يوجب حقا فى مال المضاربة وانما يوجب حقا فى الربح وانه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف الاجارة لانها توجب حقا فى مال الصبى لا محالة وهو متهم فيه لما بينا (وأما) استئجار الصغير لنفسه فينبغى ان

يجوز على قول أبي حنيفة اذا كان باجرة لا يتغابن في مثلها لانه يملك بيع ماله من نفسه اذا كان فيه نظر له وفي استئجاره اياه لنفسه نظر اله لما فيه من جعل ما ليس بمال مالا ويجوز للاب ان يؤاجر نفسه للصغير أو يستاجر الصغير لنفسه لان بيع مال الاب من الصغير وشراء ماله لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل انه لو باع ماله منه بمثل قيمته أو اشترى مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ومنها تسليم المستأجر في اجارة المنازل ونحوها اذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل بان لم يشرط تعجيل الاجرة في العقد ولم يوجد التعجيل أيضا من غير شرط عندنا خلافا للشافعي بناء على ان الحكم في الاجارة المطلقة لا يثبت بنفس العقد عندنا لان العقد في حق الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافا الى حين حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك وعنده تجعل منافع المدة موجودة في الحال تقديرا كانها عين قائمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا أصل نذكره في بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم ان شاء الله تعالى ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في اجارة المنازل ونحوها وعبيد الخدمة وأجير الوحد حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستأجر على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيأ من الاجر لان المستأجر لم يملك من المعقود عليه شيأ فلا يملك هو أيضا شيأ من الاجر لانه معاوضة مطلقة ولو مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا أجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه ولو أجر المنزل فارغا وسلم المفتاح الى المستأجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة لزمه كل الاجر لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فحدثت المنافع في ملك المستأجر فهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الاجر كالبائع اذا سلم المبيع الى المشتري بالتخلية فهلك في يد البائع كان الهلاك على المشتري لانه هلك على ملكه كذا هذا وان لم يسلم المفتاح اليه لكنه أذن له بفتح الباب فقال مر وافتح الباب فان كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكراء لوجود التسليم وان لم يقدر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد ولو استأجر دارا ليسكنها شهرا أو عبدا يستخدمه شهرا أو دابة ليركبها الى الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب في بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من غرق أو مرض أو إباق أو غصب أو كان زرعا فقطع شربه أو رحى فانقطع ماؤه لا تلزمه أجرة تلك المدة لان المعقود عليه المنفعة في تلك المدة لانها تحدث شيأ فشيأ فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم محل المنفعة لانها معدومة والمعدوم لا يحتمل التسليم وانما يسلمها على حسب وجودها شيأ فشيأ فاذا اعترض منع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله عز وجل أعلم ومنها ان يكون العقد مطلقا عن شرط الخيار فان كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ما دام الخيار قائما لحاجة من له الخيار الى دفع العين عن نفسه كما في بيع العين وهذا لان شرط الخيار وان كان شرطا مخالفا لمقتضى العقد والقياس يأباه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس ولهذا جاز في بيع العين كذا في الاجارة والله عز وجل الموفق وأما شرط الصحة فلصحة هذا العقد شرائط بعضها يرجع الى العاقد وبعضها يرجع الى المعقود عليه وبعضها يرجع الى محل المعقود عليه وبعضها يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة وبعضها يرجع الى نفس العقد أعني الركن أما الذي يرجع الى العاقد فرضا المتعاقدين لقوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والاجارة تجارة لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملكها المأذون وانه لا يملك ما ليس بتجارة فثبت ان الاجارة تجارة فدخلت تحت النص وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيبة من نفسه فلا يصح مع الكراهة والهزل والخطأ لان هذه العوارض تنافي الرضا فتمنع صحة الاجارة ولهذا منعت صحة البيع وأما اسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحربي المستأمن كما يصح البيع منهم وكذا الحرية فيصح من المملوك المأذون وينفذ من المحجور وينعقد ويتوقف على ما بينا والله عز وجل أعلم وأما الذي يرجع الى المعقود عليه فضروب منها ان يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان

كان مجهولا ينظر ان كانت تلك الجهالة مفضية الى المنازعة تمنع صحة العقد والا فلا لان الجهالة المفضية الى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة واذا لم تكن مفضية الى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود ثم العلم بالمعقود عليه وهو المنفعة يكون ببيان أشياء منها بيان محل المنفعة حتى لو قال أجرتك احدى هاتين الدارين أو أحد هذين العبدين أو قال استأجرت أحد هذين الصانعين لم يصح العقد لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله جهالة مفضية الى المنازعة فتمنع صحة العقد وعلى هذا قال أبو حنيفة اذا باع نصيبا له من دار غير مسمى ولا يعرفه المشتري انه لا يجوز لجهالة النصيب وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المشتري وقت العقد أو عرفه في المجلس جاز سواء كان البائع يعرفه أو لا يعرفه بعد ان صدق المشتري فيما قال وجواب أبي حنيفة مبني على أصلين أحدهما أن بيع النصيب لا يجوز عنده وهو قول محمد وعند أبي يوسف جائز والثاني ان اجارة المشاع غير جائزة عنده وان كان المستأجر معلوما من نصف أو ثلث أو غير ذلك فالمجهول أولى وعندهما اجارة المشاع جائزة وانما فرق محمد بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب ولم يجوز بيع النصيب لان الاجرة لا تجب بنفس العقد على أصل أصحابنا وانما تجب عند استيفاء المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفاء معلوم بخلاف البيع فان البدل فيه يجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ما اذا استأجر من عقار مائة ذراع أو استأجر من أرض جريبا أو جريبين انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم الذراع عنده يقع على القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك المحال مجهول وكذا اجارة المشاع لا تجوز عنده وان كان معلوما فالمجهول أولى وعندهما الذراع كالسهم وتجوز اجارة السهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسئلة في كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند أبي حنيفة انها لا تجوز لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله اذ الشائع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع ونحوهما وانه غير معلوم فأشبه اجارة عبد من عبدين وعندهما جائز كبيع الشائع وبه أخذ الشافعي وتخرج المسئلة على أصل آخر هو أولى بالتخريج عليه ونذكر الدلائل هناك ان شاء الله تعالى وان استأجر طريقا من دار يمر فيها وقتا معلوما لم يجز في قياس قول أبي حنيفة لان البقعة المستأجرة غير معلومة من بقية الدار فكان اجارة المشاع فلا يجوز عنده وعندهما يجوز ولو استأجر ظهر بيت ليبيت عليه شهرا أو ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الاصل ذكر في بعضها أنه لا يجوز وفي بعضها انه يجوز وهو الصحيح لان المعقود عليه معلوم وذكر في الاصل اذا استأجر علو منزل ليبني عليه لا يجوز في قياس قول أبي حنيفة لان البناء عليه يختلف في الخفة والثقل والثقيل منه يضر بالعلو والضرر لا يدخل في العقد لان الاجير لا يرضى به فكان مستثنى من العقد دلالة ولا ضابط له فصار محل المعقود عليه مجهولا بخلاف ما اذا استأجر أرضا ليبني عليها انه يجوز لان الارض لا تتأثر لثقل البناء وخفته ويجوز في قياس قول أبي يوسف ومحمد لان البناء المذكور ينصرف الى المتعارف والجواب ما ذكرنا انه ليس لذلك حد معلوم وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر شربا من نهر أو مسيل ماء في أرض انه لا يجوز لان قدر ما يشغل الماء من النهر والارض غير معلوم ولو استأجر نهرا ليسوق منه الماء الى أرض له فيسقيها لم يجز وذكر في الاصل اذا استأجر نهرا يابسا يجري فيه الماء الى أرضه أو رحى لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وقال أرأيت لو استأجر ميزابا ليسيل فيه ماء المطر على سطح المؤاجر ألم يكن هذا فاسدا وذكر هشام عن محمد فيمن استأجر موضعا معلوما من أرض مؤقتا بوقت معلوم يسيل فيه ماء انه يجوز فصار عن محمد روايتان وجه هذه الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة بالتعيين ووجه الرواية المشهورة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف ان مقدار ما يسيل من الماء في النهر والمسيل مختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر منه مستثنى من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل المعقود عليه مجهولا ولو استأجر ميزابا ليركبه في داره كل شهر بشيء مسمى جاز لان الميزاب المركب في داره لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقلته

فكان

فكان محل المعقود عليه معلوما ولو استأجر بالوعة ليصب فيها وضوأ لم يجز لان مقدار ما يصب فيها من الماء مجهول
والضرر يختلف فيه بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا وعلى هذا يخرج أيضا ما اذا استأجر حائطا ليضع
عليه جذوعا أو يبنى عليه سترة أو يضع فيه ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذع و بناء السترة يختلف باختلاف الثقل
والخفة والثقيل منه يضر بالحائط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر حد معلوم فيصير محل المعقود عليه
مجهولا وكذلك لو استأجر من الحائط موضع كوة ليدخل عليه الضوء أو موضعا من الحائط ليتد فيه وتدا لم يجز لما
قلنا فان قيل أليس انه لو استأجر دابة بغير عينها يجوز وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة محله فالجواب ان هذه الجهالة
لا تفضى الى المنازعة لحاجة الناس الى سقوط اعتبارها لان المسافر لو استأجر دابة بعينها فربما تموت الدابة فى
الطريق فتبطل الاجارة بموتها ولا تمكنه المطالبة بدابة أخرى فيبقى فى الطريق فيقضى بغير حمولة فيتضرر به فدعت
الضرورة الى الجواز واسقاط اعتبار هذه الجهالة لحاجة الناس فلا تكون الجهالة مفضية الى المنازعة كجهالة المدة وقدر
الماء الذى يستعمل فى الحمام وقال هشام سألت محمدا عن الاطلاء بالنورة بأن قال أطليك بدانق ولا يعلم بما يطليه
من غلظه ونحافته قال هو جائز لان مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه يسير لا يفضى الى المنازعة ولان الناس
يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار هذه الجهالة بتعامل الناس ومنها بيان المدة فى اجارة الدور والمنازل
والبيوت والحوانيت وفى استئجار الظئر لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه فترك بيانه يفضى الى المنازعة
وسواء قصرت المدة أو طالت من يوم أو شهر أو سنة أو أكثر من ذلك بعد أن كانت معلومة وهو أظهر أقوال الشافعى
وفى بعضها انه لا يجوز أكثر من سنة وفى بعضها انه لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة والقولان لا معنى لهما لان المانع
ان كان هو الجهالة فلا جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعو الى ذلك وسوء عين اليوم أو الشهر أو السنة أو لم
يعين ويتعين الزمان الذى يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعى لا يصح العقد ما لم يعين الوقت الذى يلى العقد
نصا (وجه) قوله ان قوله يوما أو شهرا أو سنة مجهول لانه اسم لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه
وليس فى نفس العقد ما يوجب تعيين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين ولنا ان التعيين قد
يكون نصا وقد يكون دلالة وقد وجد ههنا دلالة التعيين من وجهين أحدهما ان الانسان انما يعقد عقد الاجارة
للحاجة والحاجة عقيب العقد قائمة والثانى ان العاقد يقصد بعقده الصحة ولا صحة لهذا العقد الا بالصرف فى الشهر
الذى يعقب العقد فيتعين بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهرا أو أعتكف شهرا ان له أن يصوم و يعتكف أى
شهر أحب ولا يتعين الشهر الذى يلى النذر لان تعيين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور به فى شهر
منكر فله أن يعين أى شهر شاء ولو آجر داره شهرا أو شهورا معلومة فان وقع العقد فى غرة الشهر يقع على الاهلة بلا
خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال الاجرة لان الشهر اسم للهلال وان وقع بعدما مضى بعض الشهر ففى
اجارة الشهر يقع على ثلاثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الاهلة فتعتبر بالايام وأما فى اجارة الشهور فعنهما روايتان عن
أبى حنيفة فى رواية اعتبر الشهور كلها بالايام وفى رواية اعتبر تكميل هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقى
بالاهلة وهكذا ذكر فى الاصل فقال اذا استأجر سنة أولها هذا اليوم وهذا اليوم لاربعة عشر من الشهر فانه يسكن
بقية هذا الشهر وأحد عشر شهرا بالاهلة وستة عشر يوما من الشهر الاخير وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح
أن يقال وأربعة عشر يوما لان ستة عشر يوما قد سكن فلم يبق تمام الشهر بالايام الا أربعة عشر يوما وهكذا ذكر فى
بعض النسخ وانما يسكن ستة عشر يوما اذا كان سكن أربعة عشر يوما وهو قول أبى يوسف ومحمد ووجهه ما ذكرنا
فى كتاب الطلاق لان اسم الشهور للاهلة اذ الشهر اسم للهلال لغة الا أنه لا يمكن اعتبار الاهلة فى الشهر الاول فاعتبر
فيه الايام ويمكن فيما بعده فيعمل بالاصل ولان كل جزء من أجزاء المنفعة معقود عليه لانه يتجدد ويحدث شيأ
فشيأ فيصير عند تمام الشهر الاول كأنه عقد الاجارة ابتداء فيعتبر بالاهلة بخلاف العدة انه يعتبر فيها الايام على احدى

الروايتين لان كل جزء من أجزاء العدة ليس بعدة ولان العدة فيها حق الله تعالى فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطا والاجارة حق العبد فلا يدخلها الاحتياط وجه الرواية الاخرى ان الشهر الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما يكمل بالايام من الشهر الثانى فاذا كمل بالايام من الشهر الثانى يصير أول الشهر الثانى بالايام فيكمل من الشهر الثالث وهكذا الى آخر الشهور ولو قال أجرتك هذه الدار سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجرة معلومة فلا يجوز ولا يملك أحدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر السنة فقال أجرتك هذه الدار كل شهر بدرهم جاز فى شهر واحد عند أبى حنيفة وهو الشهر الذى يعقب العقد كما فى بيع العين بأن قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا يصح الا فى قفيز واحد عنده لان جملة الشهور مجهولة فأما الشهر الاول فمعلوم وهو الذى يعقب العقد وذكر القدورى ان الصحيح من قول أبى يوسف ومحمد انه لا يجوز أيضا وفرقا بين الاجارة و بيع العين من حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة بالكيل وعامة مشايخنا قالوا تجوز هذه الاجارة على قولهما كل شهر بدرهم كما فى بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وفى بيع المذروع كل ذراع بدرهم وعند أبى حنيفة لا يجوز البيع فى المذروع فى الكل لا فى ذراع واحد ولا فى الباقى وفى المكيل والموزون يجوز فى واحد ولا يجوز فى الباقى فى الحال الا اذا علم المشترى جملته فى المجلس لان بيع قفيز من صبرة جائز لان الجهالة لا تفضى الى المنازعة لعدم التفاوت بين قفيز وقفيز فأما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز لتفاوت فى أجزاء الثوب فيفضى الى المنازعة وقال الشافعى هذه الاجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه الاثواب بدرهم وهذا الاعتبار غير سديد لان الثياب تختلف فى أنفسها اختلافا فاحشا ولا يمكن تعيين واحد منها الا اختلافها فأما الشهور فانها لا تختلف فيتعين واحد منها للاجارة عند أبى حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا واذا جاز فى الشهر الاول لا غير عند أبى حنيفة فلكل واحد منهما أن يترك الاجارة عند تمام الشهر الاول فاذا دخل الشهر الثانى ولم يترك أحدهما انعقدت الاجارة فى الشهر الثانى لانه اذا مضى الشهر الاول ولم يترك أحدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد فى الشهر الثانى فصارا كأنهما جددا العقد وكذا هذا عند مضى كل شهر بخلاف ما اذا أجر شهرا وسكت ولم يقل كل شهر لان هناك لم يسبق منه شئ يبنى عليه العقد فى الشهر الثانى ثم اختلف مشايخنا فى وقت الفسخ وكيفيته قال بعضهم اذا أهل الهلال يقول أحدهما على الفور فسخت الاجارة فاذا قال ذلك لا ينعقد فى الشهر الثانى وان سكتا عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ أحدهما الاجارة فى الحال فاذا جاء رأس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق وقال بعضهم يفسخ أحدهما ليلة الهلال أو يومها وان سكتا حتى غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة فى الشهر الثانى وهذا أصح الاقاويل ومعنى الفسخ ههنا هو منع انعقاد الاجارة فى الشهر الثانى لانه رفع العقد الموجود من الاصل ولو استأجر دلوا أو بكرة ليسقى غنمه ولم يذكر المدة لم يجز لان قدر الزمان الذى يسقى فيه الغنم غير معلوم فكان قدر المعقود عليه مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوما ببيان المدة والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يستأجر له فى هذا النوع من الاجارة أعنى اجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتى لو استأجر شيأ من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز وله أن يسكن فيه نفسه ومع غيره وله أن يسكن فيه غيره بالاجارة والاعارة وله أن يضع فيه متاعا وغيره غير أنه لا يجعل فيه حدادا ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبناء ويوهنه وانما كان كذلك لان الاجارة شرعت للانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكنى ومنافع العقار المعدة للسكنى متقاربة لان الناس لا يتفاوتون فى السكنى فكانت معلومة من غير تسمية وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق بالعدم ووضع المتاع من توابع السكنى وذكر فى الاصل ان له أن يربط فى الدار دابته وبعيره وشاته لان ذلك من توابع السكنى وقيل ان هذا الجواب على عادة أهل الكوفة والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان فى موضع جرت العادة بذلك فله ذلك والا فلا وانما لم يكن له أن يقعد فيه من يضر بالبناء ويوهنه من القصار والحداد

والطحان لان ذلك اتلاف العين وانه لم يدخل تحت العقد اذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان مطلق العقد ينصرف الى المعتاد والظاهر ان الحانوت الذى يكون فى صف البزازين انه لا يؤاجر لعمل الحداد والقصار والطحان فلا ينصرف مطلق العقد اليه اذ المطلق محمول على العادة فلا يدخل غيره فى العقد الا بالتسمية أو بالرضا حتى لو آجر حانوتا فى صف الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة وانما كان له أن يؤاجر من غيره و يعير لانه ملك المنفعة فكان له أن يؤاجر من غيره بعوض و بغير عوض وأما فى اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة فاسدة الا اذا جعل له أن ينتفع بها بما شاء وكذا اذا استأجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع فيها أو يجعل له أن يزرع فيها ما شاء والا فلا يجوز العقد لان منافع الارض تختلف باختلاف البناء والغرس والزراعة وكذا المزروع يختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكنى فانها لا تختلف وأما فى اجارة الدواب فلا بد فيها من بيان أحد الشيئين المدة أو المكان فان لم يبين أحدهما فسدت لان ترك البيان يفضى الى المنازعة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر دابة يشيع عليها رجلا أو يتلقاه ان الاجارة فاسدة الا أن يسمى موضعا معلوما لما قلنا وكذا اذا استأجرها الى الجبانة لان الجبانة تختلف أولها وأوسطها وآخرها لانها موضع واسع تتباعد أطرافها وجوانبها بخلاف ما اذا استأجر دابة الى الكوفة انه يصح العقد وان كان أطرافها وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة وهو منزله الذى بالكوفة لان الانسان اذا استأجر الى بلده فانما يستأجر الى بيته ألا ترى انه ما جرت العادة بين المكارين بطرح الحمولات على أول جزء من البلد فصار منزله بالكوفة مذكورا دلالة والمذكور دلالة كالمذكور نصا ولا عادة فى الجبانة على موضع بعينه حتى يحمل العقد عليه حتى لو كان فى الجبانة موضع لا يركب الا اليه يصح العقد و ينصرف اليه كما يصح الى الكوفة ولو تكاراها بدرهم يذهب عليها الى حاجة له لم يجز ما لم يبين المكان لان الحوائج تختلف منها ما ينقضى بالركوب الى موضع ومنها ما لا ينقضى الا بقطع مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة فتفسد الاجارة وذكر فى الاصل اذا تكارى دابة من الفرات الى جعفى وجعفى قبيلتان بالكوفة ولم يسم احداهما أو الى الكناسة وفيها كناستان ولم يسم احداهما أو الى بجيلة و بها بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم احداهما ان الاجارة فاسدة لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستأجر له فى الحمل والركوب لانهما منفعتان مختلفتان و بعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها لان الحمل يتفاوت بتفاوت المحمول والناس يتفاوتون فى الركوب فترك البيان يفضى الى المنازعة وذكر فى الاصل اذا استأجر بعيرين من الكوفة الى مكة يحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما يصلح لهما من الوطاء والدثر وقد رأى الرجلين ولم ير الوطاء والدثر وأحدهما زاملة يحمل عليها كذا كذا مختوما من السويق والدقيق وما يصلحهما من الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشترط عليه ما يكتفى به من الماء ولم يبين ذلك فهذا كله فاسد بالقياس ولكن قال أبو حنيفة أستحسن ذلك وجه القياس انه شرط عملا مجهولا لانه قدر الكسوة والدثار يختلف باختلاف الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس يفعلون ذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فكان ذلك اسقاطا منهم اعتبار هذه الجهالة فلا تفضى الى المنازعة وان اشترط المستأجر أن يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جائز لان قدر الهدايا يعلم بالعادة وهذا مما يفعله الناس فى سائر الاعصار من غير نكير وان بين وزن المعاليق و وصف ذلك والهدايا أحب الينا لانه يجوز قياسا واستحسانا وذلك يكون أبعد من الخصومة لذلك قال أحب الينا ولكل محل قربتين من ماء وأداوتين من أعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكره أفضل وكذا الخيمة والقبة وذكره أفضل لما قلنا وفى استئجار العبد للخدمة والثوب للبس والقدر للطبخ لا بد من بيان المدة لما قلنا والقياس أن يشترط بيان نوع الخدمة فى استئجار العبد للخدمة لان الخدمة تختلف فكانت مجهولة وفى الاستحسان لا يشترط و ينصرف الى المتعارف وليس له أن

يسافر به فلابد من بيان ما يلبس وما يطبخ فى القدر لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ فلابد من البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصما حين وقعت الاجارة فى هذه الاشياء قبل أن زرع أو بنى أو يغرس أو قبل أن يحمل على الدابة أو يركبها أو قبل أن يلبس الثوب أو يطبخ فى القدر فان القاضى يفسخ الاجارة لان العقد وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان زرع الارض وحمل الدابة ولبس الثوب وطبخ فى القدر وقضت المدة فله ما سمى استحسانا والقياس أن يكون له أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد واستيفاء المنفعة بعقد فاسد يوجب أجر المثل لا المسمى وجه الاستحسان ان المفسد جهالة المعقود عليه والمعقود عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزالت الجهالة فقد استوفى المعقود عليه فى عقد صحيح فيجب كمال المسمى كما لو كان متعينا فى الابتداء ولو فسخ القاضى الاجارة ثم زرع أو حمل أو لبس أو غير ذلك لا يجب شىء لان القاضى لما نقض العقد فقد بطل العقد فصار مستعملا مال الغير من غير عقد فصار غاصبا والمنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد الصحيح أو الفاسد ولم يوجد ومنها بيان العمل فى استئجار الصناع والعمال لان جهالة العمل فى الاستئجار على الاعمال جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد حتى لو استأجر عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعى ونحو ذلك لم يجز العقد وكذا بيان المعمول فيه فى الاجير المشترك اما بالاشارة والتعيين أو ببيان الجنس والنوع والقدر والصفة فى ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر فى اجارة الراعى من الخيل او الابل أو البقر أو الغنم وعددها لان العمل يختلف باختلاف المعمول وعلى هذا تخرج ما اذا استأجر حفارا ليحفر له بئرا انه لابد من بيان مكان الحفر وعمق البئر وعرضها لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان الحفر من الصلابة والرخاوة فيحتاج الى البيان ليصير المعقود عليه معلوما وهل يشترط فيه بيان المدة امافى استئجار الراعى المشترك فيشترط لان قدر المعقود عليه لا يصير معلوما بدونه وأما فى استئجار القصار المشترك والخياط المشترك فلا يشترط حتى لو دفع الى خياط أو قصار أثوابا معلومة ليخيطها أو ليقصرها جاز من غير بيان المدة لان المعقود عليه يصير معلوما بدونه وأما فى الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعمول فيه ونوعه وقدره وصفته وانما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة فى استئجار الظئر شرط جوازه بمنزلة استئجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز فى الظئر وما لم يجز فيه لم يجز فيها الا ان أبا حنيفة استحسن فى الظئر ان تستأجر بطعامها وكسوتها لما نذكر فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو استأجر انسانا ليبيع له ويشترى ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشراء ولو بين المدة بان استأجره شهرا ليبيع له ويشترى جاز لان قدر المنفعة صار معلوما ببيان المدة وما روى عن بعض الصحابة رضوان الله عليهم قال كنا نبيع فى أسواق المدينة ونسمى أنفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم وسمانا باحسن الاسماء فقال صلى الله عليه وسلم يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة والسمسار هو الذى يبيع أو يشترى لغيره بالاجرة فهو محمول على ما اذا كانت المدة معلومة وكذا اذا قال بع لى هذا الثوب ولك درهم وبين المدة وان لم يبين فباع واشترى فله أجر مثل عمله لانه استوفى منفعته بعقد فاسد قال الفضل بن غانم سمعت أبا يوسف قال لا باس أن يستأجر القاضى رجلا مشاهرة على أن يضرب الحدود بين يديه وان كان غير مشاهرة فالاجارة فاسدة لانها اذا كانت مشاهرة كان المعقود عليه معلوما ببيان المدة ويستحق الاجرة فيها بتسليم النفس عمل أو لم يعمل واذا لم يذكر الوقت بقى المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التى يباشرها غير معلوم وكذا محل الاقامة مجهول وذكر محمد فى السير الكبير اذا استأجر الامام رجلا ليقتل المرتدين والاسارى لم يجز عند أصحابنا وان استأجره لقطع اليد جاز ولا فرق بينهما عندى والاجارة جائزة فيهما هكذا ذكر محمد وأراد بقوله أصحابنا أبا يوسف وأبا حنيفة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر رجل رجلا لاستيفاء القصاص فى النفس وجه قوله انه استأجره لعمل معلوم وهو القتل ومحله معلوم وهو العنق اذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استأجره لقطع اليد وذبح الشاة ولهما أن محله من العنق ليس بمعلوم

بخلاف القطع فان محله من اليد معلوم وهو المفصل وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك معلوم وقال ابن رستم عن محمد في رجل قال لرجل اقتل هذا الذئب أو هذا الاسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستأجر فقتله فان له أجر مثله لا أجاوز به درهما لان الاسد والذئب اذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلهما الى المعالجة فكان العمل مجهولا وانما وجب عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بعقد فاسد ويكون الصيد للمستأجر لان قتل الصيد سبب تملكه وعمل الاجير يقع للمستأجر فصار كانه قتله بنفسه وعلى هذا يخرج ما اذا قال لرجل استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم أو لتقصر هذا الثوب اليوم أو لتخبز قفيز دقيق اليوم أو قال استأجرتك هذا اليوم لتخيط هذا الثوب أو لتقصر أو لتخبز قدم اليوم أو أخره ان الاجارة فاسدة في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد جائزة وعلى هذا الخلاف اذا استأجر الدابة الى الكوفة أياما مسماة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما جائزة وجه قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة فهو للتعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد واذا وقعت الاجارة على العمل فان فرغ منه قبل تمام المدة أي اليوم فله كمال الاجر وان لم يفرغ منه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد كما اذا دفع الى خياط ثوبا ليقطعه ويخيطه قميصا على أن يفرغ منه في يومه هذا أو اكترى من رجل ابلا الى مكة على أن يدخله الى عشرين ليلة كل بعير بعشرة دنانير مثلا ولم يزد على هذا ان الاجارة جائزة ثم ان وفى بالشرط أخذ المسمى وان لم يف به فله أجر مثله لا يزاد على ما شرطه ولابي حنيفة ان المعقود عليه مجهول لانه ذكر أمرين كل واحد منهما يجوز أن يكون معقودا عليه أعني العمل والمدة أما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة بدليل انه لو استأجره يوما للخبازة من غير بيان قدر ما يخبز جاز وكان الجواب باعتبار انه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقودا عليه لان حكمهما مختلف لان العقد على المدة يقتضي وجوب الاجر من غير عمل لانه يكون أجيرا خاصا والعقد على العمل يقتضي وجوب الاجر بالعمل لانه يصير أجيرا مشتركا فكان المعقود عليه أحدهما وليس أحدهما باولى من الآخر فكان مجهولا وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسئلة لان قوله على أن يفرغ منه في يومي هذا ليس جعل الوقت معقودا عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق أجر المثل ولو قال أجرتك هذه الدار شهرا بخمسة دراهم أو هذه الاخرى شهرا بعشرة دراهم أو كان هذا القول في حانوتين أو عبدين أو مسافتين مختلفتين بان قال أجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى مكة بكذا فذلك جائز عند أصحابنا الثلاثة استحسانا وعند زفر والشافعي لا يجوز قياسا وعلى هذا اذا خيره بين ثلاثة أشياء وان ذكر أربعة لم يجز وعلى هذا أنواع الخياطة والصبغ انه ان ذكر ثلاثة جاز عندنا ولا يجوز ما زاد عليها كما في بيع العين وجه القياس انه أضاف العقد الى أحد المذكورين وهو مجهول فلا يصح ولهذا لم يصح اذا أضيف الى أحد الاشياء الاربعة ولنا أنه خيره بين عقدين معلومين في محلين متقومين ببدلين معلومين كما لو قال ان رددت الآبق من موضع كذا فلك كذا وان رددته من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال ان خيطت هذا الثوب فبدرهم وان خيطت هذا الآخر فبدرهم وعملهما سواء وكما لو قال ان سرت على هذه الدابة الى موضع كذا فبدرهم وان سرت الى موضع كذا فبدرهم والمسافة سواء وأما قولهما ان العقد أضيف الى أحد المذكورين من غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين الى المستأجر ومثل هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ولهذا جاز البيع فالاجارة أولى لانها أوسع من البيع ألا ترى انها تقبل من الخطر ما لا يقبله البيع ولهذا جوزوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا البيع الا بشرط الخيار وكذلك اذا دفع الى خياط ثوبا فقال له ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان او قال لصباغ ان صبغت هذا الثوب بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك جائز لانه خيره بين ايفاء منفعتين معلومتين فلا جهالة ولان الاجر على أصل أصحابنا لا يجب الا بالعمل وحين يأخذ في أحد العملين تعين ذلك الاجر وهذا عند أصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة لان المعقود عليه مجهول والجواب ما ذكرناه ولو

قال أجرتك هذه الدار شهرا على انك ان قعدت فيها حدادا فأجرها عشرة وان بعت فيها الخز فخمسة فالاجارة جائزة في قول أبي حنيفة الاخير وقال أبو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه قولهما ان الاجر لا يجب بالسكنى وانما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا يدرى ما يسكن فكان البدل عنده مجهولا بخلاف الرومي والفارسي لان البدل هناك يجب بابتداء العمل ولا بد وان يبتدئ باحد العملين وعند ذلك يتعين البدل و يصير معلوما عند وجوده ولابي حنيفة انه خير بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية وهذا لان السكنى وعمل الحدادة مختلفتان والعقد على واحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع وقولهما بان الاجر ههنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان الانتفاع عند التمكين من الانتفاع هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على ان بالتخلية وهو التمكن من الانتفاع يجب اقل الاجرين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر وأقل الاجرين معلوم فلا يؤدى الى الجهالة وهذا جواب امام الهدى الشيخ أبي منصور الماتريدى وعلى هذا الخلاف كل ما كان اجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل عندهما وعند أبي حنيفة العقد جائز وأى التعيين استوفى وجب أجر ذلك كما سمى وان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل المسميين لما ذكرنا ان الزيادة انما تجب باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الا أقل الاجرين وعلى هذا الخلاف اذا استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان حمل عليها شعيرا فبنصف درهم وان حمل عليها حنطة فبدرهم فهو جائز على قول أبي حنيفة الآخر وعلى قولهما لا يجوز وكذلك ان استأجر دابة الى الحيرة بدرهم والى القادسية بدرهمين فهو جائز عنده وعلى قولهما ينبغى ان لا يجوز لما ذكرنا ولو استأجر دابة من بغداد الى القصر بخمسة والى الكوفة بعشرة قال محمد لو كانت المسافة الى القصر النصف من الطريق الى الكوفة فالاجارة جائزة وان كانت أقل أو أكثر فهي فاسدة على أصلهما لان المسافة اذا كانت النصف فحال ما يسير يصير البدل معلوما لانه ان سار الى القصر أو الى الكوفة فلاجرة الى القصر خمسة فاما اذا كانت المسافة الى القصر أقل من النصف أو أكثر فالاجرة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار الى القصر فالاجرة خمسة وان سار الى الكوفة فالاجرة الى القصر بحصته من المسافة وجهالة الاجرة عند وجود سبب وجوبها تفسد العقد عندهما فاما على قول أبي حنيفة فالعقد جائز لانه سمى منفعتين معلومتين لان كل واحدة منهما بدل معلوم ولو أعطى خياطا ثوبا فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول صحيح والثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله أجر مثله على ما نذكر تفسيره وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان باطلان وبه أخذ الشافعي فتتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الاول لانهما خالفا أصحابنا الثلاثة فيه والوجه لهما أن المعقود عليه مجهول ولنا انه سمى في اليوم الاول عملا معلوما وبدلا معلوما وفساد الشرط الثاني لا يؤثر في الشرط الاول كمن عقد اجارة صحيحة واجارة فاسدة وأما اليوم الثاني فوجه قول ابي يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الاول انه سمى في اليوم الثاني عملا معلوما و بدلا معلوما كما في الاول فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد في اليوم الاول ولابي حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر لان البدل المذكور في اليوم الاول جعل مشروطا في اليوم الثاني بدليل أنه لو لم يذكر لليوم الثاني بدلا آخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى في الاول فلو لم يجعل المذكور من البدل في اليوم الاول مشروطا في الثاني لما استحق المسمى واذا اجتمع بدلان في اليوم الثاني صار كأنه قال في اليوم الثاني فلك درهم أو نصف درهم فكان الاجر مجهولا فوجب فساد العقد فاذا خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينتقص من نصف درهم هكذا ذكر في الاصل وفي الجامع الصغير وذكر محمد في الاملاء وهو احدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف واحدى روايتي ابن سماعة في نوادره عن محمد وروى ابن سماعة في نوادره عن أبي يوسف عن ابي حنيفة في رواية أخرى أن له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد على نصف درهم

وذكر القدورى ان هذه الرواية هى الصحيحة ووجهها ان الواجب فى الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى فى اليوم الثانى نصف درهم لا درهم لان الدرهم مسمى فى اليوم الاول وذلك عقد آخر فلا يعتبر فيه وجه رواية الاصل انه اجتمع فى الغد تسميتان لان التسمية الاولى عند مجىء الغد قائمة لما ذكرنا فيعمل بهما فتعتبر الاولى لمنع الزيادة والثانية لمنع النقصان فان خاط نصفه فى اليوم الاول ونصفه فى الغد فله نصف المسمى لاجل خياطته فى اليوم الاول وأجر المثل لاجل خياطته فى الغد لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم فان خاطه فى اليوم الثالث فقد روى ابن سماعة عن محمد عن ابى حنيفة أن له أجر مثله لا يجاوز به نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض بتأخيره الى الغد باكثر من النصف فبتأخيره الى اليوم الثالث اولى فان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا أجر لك ذكر محمد فى املائه أنه ان خاطه فى اليوم الاول فله درهم وان خاطه فى اليوم الثانى فله أجر مثله لا يزاد على درهم لان اسقاطه فى اليوم الثانى لا ينفى وجوبه فى اليوم الاول ونفى التسمية فى اليوم الثانى لا ينفى أصل العقد فكان فى اليوم الثانى عقد لا تسمية فيه ويجب اجر المثل ولو قال ان خطته أنت فاجرك درهم وان خاطه تلميذك فاجرك نصف درهم فهذا والخياطة الرومية والفارسية سواء ولو استأجر دارا شهرا بعشرة دراهم على أنه ان سكنها يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول وهو سكنى شهر او يوم والله عز وجل أعلم ومنها أن يكون مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا لان العقد لا يقع وسيلة الى المعقود بدونه فلا يجوز استئجار الآبق لانه لا يقدر على استيفاء منفعته حقيقة لكونه معجوز التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا تجوز اجارة المغصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره لما قلنا وعلى هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جائزة عند أبى حنيفة وزفر وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى انها جائزة وجه قولهم ان الاجارة أحد نوعى البيع فيعتبر بالنوع الآخر وهو بيع العين وانه جائز فى المشاع كذا هذا فلو امتنع انما يمتنع لتعذر استيفاء منفعة بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهايأة ولهذا جاز بيعه وكذا يجوز من الشريك أو من الشركاء فى صفقة واحدة فكذا من الاجنبى والدليل عليه أن الشيوع الطارئ لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطارئ فى باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه المنفعة وانها تحدث شيئا فشيئا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدأ ولابى حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفاء لان استيفاءها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور بنفسه لانه اسم لسهم غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور تسليمه بتسليم الباقى وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا وأما قولهما انه يمكن استيفاء منفعة المشاع بالتهايؤ فنقول لا يمكن على الوجه الذى يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف فى كل المدة لان التهايؤ بالزمن انتفاع بالكل فى نصف المدة وذا ليس بمقتضى العقد والتهايؤ بالمكان انتفاع بربع المستأجر فى كل المدة لان نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على طريق البدل عما فى يد صاحبه وانه ليس بمقتضى العقد أيضا فاذا لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه الذى يقتضيه العقد أصلا ورأسا فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا العقد بالمهايأة يؤدى الى الدور لانه لا مهايأة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جائز وان لم يكن منتفعا بها ولهذا يدخل الشرب والطريق فى الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان فى البيع الا بالتسمية لان كون المستأجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع وأما الاجارة من الشريك فعن أبى حنيفة فيه روايتان ولئن سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هناك مقدور الاستيفاء بدون المهايأة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستأجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطارئ فيه روايتان عن ابى حنيفة فى رواية تفسد الاجارة كالمقارن

وفى رواية لاتفسد وهى الرواية المشهورة عنه ووجهها أن عدم الشيوع عنده شرط جواز هذا العقد وليس كل مايشترط لابتداء العقد يشترط لبقائه كالخلو عن العدة فان العدة تمنع ابتداء العقد ولا تمنع البقاء كذا هذا وسواء كانت الدار كلها لرجل فأجر نصفها من رجل أو كانت بين اثنين فاجر أحدهما نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخى فى جامعه نصا عن أبى حنيفة أن الاجارة لاتجوز فى الوجهين جميعا ذكر أبو طاهر الدباس أن اجارة المشاع انما لاتجوز عند أبى حنيفة اذا أجر الرجل بعض ملكه فاما اذا أجر أحد الشريكين نصيبه فالعقد جائز بلا خلاف لان فى الصورة الاولى تقع المهايأة بين المستأجر و بين المؤاجر فتكون الدار فى يد المستأجر مدة وفى يد المؤاجر مدة ولا يجوز أن يستحق المؤاجر الاجر مع كون الدار فى يده والمهايأة فى الصورة الثانية انما تقع بين المستأجر و بين غير المؤاجر وهذا لا يمنع استحقاق الأجر لجواز أن تكون الدار فى يد غير المستأجر وأجرتها عليه كما لو أعارها ثم أجرها والصحيح ماذكره الكرخى لان ماذكرنا من المانع يعم الوجهين جميعا وسواء كان المستأجر محتملا للقسمة أولا لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة فان المانع ثمة خص المحتمل للقسمة وهو ماذكرنا فى كتاب الهبة ولو آجر مشاعا يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز لان المانع قد زال كما لو باع الجذع فى السقف ثم نزع وسلم وكما لو وهب مشاعا يحتمل القسمة ثم قسم وسلم فان اختصما قبل القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجز العقد لان العقد انفسخ من الاصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا بالاستئناف و يجوز اجارة الاثنين من واحد لان المنافع تدخل فى يد المستأجر جملة واحدة من غير شيوع و يستوفيها من غير مهايأة ولو مات أحد المؤاجرين حتى انتقضت الاجارة فى حصته لا تنتقض فى حصة الحى وان صارت مشاعة وهو المسمى بالشيوع الطارئ لما ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض وكذا تجوز اجارة الواحد من الاثنين لان المنافع تخرج من ملك الآجر جملة واحدة من غير شياع ثم ثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما فى المنفعة وانه يوجب قسمة المنفعة بالتهايؤ فينعدم الشيوع ولو مات أحد المستأجرين حتى انتقضت الاجارة فى حصته بقيت فى حصة الحى كما كانت و يجوز رهن الواحد من اثنين أيضا لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين ألا ترى انه لو قضى الراهن دين أحدهما لم يكن له أن يأخذ بعض الرهن وأما هبة الواحد من اثنين فانه لا تجوز عند أبى حنيفة لان الملك فى باب الهبة يقع بالقبض والشيوع ثابت عند القبض وانه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك على ماذكر فى كتاب الهبة وان استأجر أرضا فيها زرع للآجر أو شجر أو قصب أو كرم أو ما يمنع من الزراعة لم تجز لانها مشغولة بمال المؤاجر فلا يتحقق تسليمه فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جذعا فى سقف وكذا لو استأجر ارضا فيها رطبة فالاجارة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو قلع الرطبة فلا يجبر على الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفاء شرعا فلم تجز كما لو اشترى جذعا فى سقف فان قلع رب الارض الرطبة فقال للمستأجر اقبض الارض فقبضها فهو جائز لان المانع قد زال فصار كشراء الجذع فى السقف اذا نزعه البائع وسلمه الى المشترى فان اختصما قبل ذلك فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لان العقد قد بطل بابطال الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة الاجارة يوم أو يومان قبل أن يختصما ثم قلع الرطبة فالمستأجر بالخيار ان شاء قبضها على تلك الاجارة وطرح عنه ما لم يقبض وان شاء لم يقبض فرقا بين هذا و بين الدار اذا سلمها المؤاجر فى بعض المدة ان المستأجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق أن المقصود من اجارة الارض الزراعة والزراعة لا تمكن فى جميع الاوقات بل فى بعض الاوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتأخير فالمدة المذكورة فيها يقف بعضها على بعض و يكون الكل كمدة واحدة فاذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد لاختلاف المعقود فكان له الخيار بخلاف اجارة الدار لان المقصود منها السكنى وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم آخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض فلا يوجب خللا فى المقصود من الباقى فلا يثبت الخيار ولو اشترى اطراف رطبة ثم استأجر الارض لتبقية ذلك لم تجز

الاجارة لان أصل الرطبة ملك المؤاجر فكانت الارض مشغولة بملك المؤاجر واستئجار بقعة مشغولة بمال المؤاجر لم تصح لان كونها مشغولة بملكه يمنع التسليم فيمنع استيفاء المعقود عليه كاستئجار أرض فيها زرع المؤاجر ولو اشترى الرطبة باصلها ليقلعها ثم استأجر الارض مدة معلومة لتبقيتها جاز لان الارض ههنا مشغولة بمال المستأجر وذا لا يمنع الاجارة كما لو استأجر ما هو في يده وكذلك اذا اشترى شجرة فيها ثمر بثمرها على أن يقلعها ثم استأجر الارض فبقاها فيها جاز لما قلنا قال محمد وان استعار الارض في ذلك كله فهو جائز لان المالك بالاعارة اباح الانتفاع بملكه فيجوز وعلى هذا يخرج ما ذكرنا أيضا من استئجار الفحل للانزاء واستئجار الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد انه لا يجوز لان المنفعة المطلوبة منه غير مقدورة الاستيفاء اذ لا يمكن اجبار الفحل على الضراب والانزال ولا اجبار الكلب والبازي على الصيد فلم تكن المنفعة التي هي معقود عليها مقدورة الاستيفاء في حق المستأجر فلم تجز وعلى هذا يخرج استئجار الانسان للبيع والشراء انه لا يجوز لان البيع والشراء لا يتم بواحد بل بالبائع والمشتري فلا يقدر الاجير على ايفاء المنفعة بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء فصار كما لو استأجر رجلا ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بأن استأجره شهرا ليبيع له ويشتري جاز لما مر وعلى هذا يخرج الاستئجار على تعليم القرآن والصنائع انه لا يجوز لان الاجير لا يقدر على ايفاء العمل بنفسه فلا يقدر المستأجر على الاستيفاء وان شئت افردت لجنس هذه المسائل شرطا فقلت ومنها ان يكون العمل المستأجر له مقدور الاستيفاء من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره وخرجت المسائل عليه والاول أقرب الى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصي انه لا يصح لانه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعا كاستئجار الانسان للعب واللهو وكاستئجار المغنية والنائحة للغناء والنوح بخلاف الاستئجار لكتابة الغناء والنوح انه جائز لان الممنوع عنه نفس الغناء والنوح لا كتابتهما وكذا لو استأجر رجلا ليقتل له رجلا أو ليسجنه أو ليضربه ظلما وكذا كل اجارة وقعت لمظلمة لانه استئجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعا فان كان ذلك بحق بان استأجر انسانا لقطع عضو جاز لانه مقدور الاستيفاء لان محله معلوم فيمكنه ان يضع السكين عليه فيقطعه وان استأجره لقصاص في النفس لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وتجوز عند محمد هو يقول استيفاء القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه مقدور الاستيفاء فاشبه الاستئجار لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان ان القتل بضرب العنق يقع على سبيل التجافي عن المضروب فربما يصيب العنق وربما يعدل عنه الى غيره فان أصاب كان مشروعا وان عدل كان محظورا الا انه يكون مثلة وانها غير مشروعة بخلاف الاستئجار على تشقيق الحطب لانه وان كان ذلك يقع على سبيل التجافي فكله مباح وههنا بخلافه فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفاء وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من اليد وهو المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق ولو استأجر ذمي من مسلم بيعة ليصلي فيها لم يجز لانه استئجار لفعل المعصية وكذا لو استأجر ذمي من ذمي لما قلنا ولو استأجر الذمي دارا من مسلم وأراد أن يصلي فيها من غير جماعة أو يتخذها مصلى للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استأجر ذمي مسلما ليخدمه ذكر في الاصل انه يجوز واكره للمسلم خدمة الذمي أما الكراهة فلان الاستخدام استذلال فكان اجارة المسلم نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة الكافر وأما الجواز فلأنه عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان يستأجر الرجل امرأة حرة يستخدمها ويخلو بها وكذلك الامة وهو قول أبي يوسف ومحمد أما الخلوة فلان الخلوة بالمرأة الاجنبية معصية وأما الاستخدام فلانه لا يؤمن معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية ويجوز الاستئجار لنقل الميتات والجيف والنجاسات لان فيه رفع أذيتها عن الناس فلو لم تجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم عن محمد انه قال لا بأس باجرة الكناس

أرأيت لو استأجره ليخرج له حمارا ميتا أما يجوز ذلك ويجوز الاستئجار على نقل الميت الكافر الى المقبرة لانه جيفة فيدفع أذيتها عن الناس كسائر الانجاس وأما الاستئجار على نقله من بلد الى بلد فقد قال محمد ابتلينا بمسئلة ميت مات من المشركين فاستأجروا له من يحمله الى موضع فيدفنه فى غير الموضع الذى مات فيه أراد بذلك اذا استأجروا له من ينقله من بلد الى بلد فقال أبو يوسف لا أجر له وقلت أنا ان كان الحمال الذى حمله يعلم انه جيفة فلا أجر له وان لم يعلم فله الاجر وجه قول محمد ان الاجير اذا علم انه جيفة فقد نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية والغرور يوجب الضمان ولابى يوسف ان الاصل أن لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص فى نقلها للضرورة وهى ضرورة رفع أذيتها ولا ضرورة فى النقل من بلد الى بلد فيبقى على أصل الحرمة كنقل الميتة من بلد الى بلد ومن استأجر حمالا يحمل له الخمر فله الاجر فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا أجر له كذا ذكر فى الاصل وذكر فى الجامع الصغير أنه يطيب له الاجر فى قول أبى حنيفة وعندهما يكره لهما أن هذه اجارة على المعصية لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة على المعصية وقد قال الله عز وجل ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولهذا لعن الله تعالى عشرة منهم حاملها والمحمول اليه ولابى حنيفة ان نفس الحمل ليس بمعصية بدليل ان حملها للاراقة والتخليل مباح وكذا ليس بسبب للمعصية وهو الشرب لان ذلك يحصل بفعل فاعل مختار وليس الحمل من ضرورات الشرب فكانت سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل بنية الشرب وبه نقول ان ذلك معصية ويكره أكل أجرته ولا تجوز اجارة الاماء للزنا لانها اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ان أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن مهر البغى وهو أجر الزانية على الزنا وتجوز الاجارة للحجامة وأخذ الاجرة عليها لان الحجامة أمر مباح وما ورد من النهى عن كسب الحجام فى الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من السحت عسب التيس وكسب الحجام فهو محمول على الكراهة لدناءة الفعل والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قال ذلك أتاه رجل من الانصار فقال ان لى حجاما وناضحا أفأعلف ناضحى من كسبه قال صلى الله عليه وسلم نعم وروى أنه صلى الله عليه وسلم احتجم وأعطى الحجام دينارا ولا يجوز استئجار الرجل اباه ليخدمه لانه مأمور بتعظيم أبيه وفى الاستخدام استخفاف به فكان حراما فكان هذا استئجارا على المعصية وسواء كان الاب حرا أو عبدا استأجره ابنه من مولاه ليخدمه لانه لا يجوز استئجار الاب حرا كان أو عبدا وسواء كان الاب مسلما أو ذميا لان تعظيم الاب واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا وهذا فى الابوين الكافرين لانه معطوف على قوله عز وجل وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم فلا تطعهما وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها أن تكون المنفعة مباحة الاستيفاء فان كانت محظورة الاستيفاء لم تجز الاجارة لكن فى هذا شبهة التداخل فى الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا على العمل فى شىء هو فيه شريكه نحو ما اذا كان بين اثنين طعام فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه الى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله أو استأجر غلام صاحبه أو دابة صاحبه على ذلك انه لا تجوز هذه الاجارة عند أصحابنا واذا حمل لا اجر له وعند الشافعى هذه الاجارة جائزة وله الاجر اذا حمل وجه قوله ان الاجر تابع نصف منفعة الحمل الشائعة من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فتصح فى الشائع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا وهو لا يستحق الاجرة بالعمل فى نصيب نفسه فيستحقها بالعمل فى نصيب شريكه ولنا انه أجر ما لا يقدر على ايفائه لتعذر تسليم الشائع بنفسه فلم يكن المعقود عليه مقدور الاستيفاء ولهذا لا يجب الاجر أصلا لانه لا يتصور استيفاء المعقود عليه اذ لا يتصور حمل نصف الطعام شائعا ووجوب أجر المثل يقف على استيفاء المعقود عليه ولم يوجد فلا يجب بخلاف ما اذا استأجر من رجل بيتا له ليضع فيه طعاما مشتركا بينهما أو سفينة أو جوالقا ان الاجارة جائزة لان التسليم ثمة يتحقق بدون الوضع

بدليل انه لوسلم السفينة والبيت والجوالق ولم يضع وجب الاجر وههنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور الحمل بنفسه وذكر ابن سماعة عن محمد فى طعام بين رجلين ولاحدهما سفينة وأرادا أن يخرجا الطعام من بلدهما الى بلد آخر فاستأجر أحدهما نصف السفينة من صاحبه أو أرادا أن يطحنا الطعام فاستأجر أحدهما نصف الرحى الذى لشريكه أو استأجر انصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام الى مكة فهو جائز وهذا على قول من يجيز اجارة المشاع والاصل فيه أن كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل لا تجوز الاجارة فيه على العمل فى الحمل مشتركة وما يستحق فيه الاجرة من غير عمل تجوز الاجارة فيه لوضع العين المشتركة فى المستأجر وفقه هذا الاصل ماذكرنا ان مالا تجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفاء العمل ولا تمكين من العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور الاستيفاء فلم تجز الاجارة ومالا يقف وجوب الاجرة فيه على العمل كان المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفاء بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا استأجر رجلا على أن يحمل له طعاما بعينه الى مكان مخصوص بقفيز منه أو استأجر غلامه أو دابته على ذلك انه لا يصح لانه لوصح لبطل من حيث صح لان الاجير يصير شريكا باول جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذلك لا يجوز لما بينا واذا حمل فله أجر مثله لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب أجر المثل ولا يتجاوز به قفيزا لان الواجب فى الاجارة الفاسدة الاقل من المسمى ومن أجر المثل لما نذكر فى بيان حكم الاجارة الفاسدة ان شاء الله تعالى ومنها أن لا يكون العمل المستأجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل الاجارة فان كان فرضا أو واجبا عليه قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من أتى بعمل يستحق عليه لا يستحق الاجرة كمن قضى دينا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والطاعات افضال من الله سبحانه غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه لان خدمة المولى على العبد مستحقة ولحق الشكر للنعم السابقة لان شكر النعمة واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجر كمن قضى دينا عليه فى الشاهد وعلى هذا يخرج الاستئجار على الصوم والصلاة والحج انه لا يصح لانها من فروض الاعيان ولا يصح الاستئجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على تعليم القرآن عندنا وقال الشافعى الاجارة على تعليم القرآن جائزة لانه استئجار لعمل معلوم ببدل معلوم فيجوز ولنا انه استئجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستئجار للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الاستيفاء فى حق الاجير لتعلقه بالمتعلم فاشبه الاستئجار لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه وقد روى أن أبى بن كعب رضى الله عنه اقرأ رجلا فاعطاه قوسا فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار قال لا فقال صلى الله عليه وسلم فرده ولا على الجهاد لانه فرض عين عند عموم النفير وفرض كفاية فى غير تلك الحال واذا شهد الوقعة فتعين عليه فيقع عن نفسه وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مثل من يغزو فى أمتى و يأخذ الجعل عليه كمثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ عليه اجرا ولا على الاذان والاقامة والامامة لانها واجبة وقد روى عن عثمان بن أبى العاص الثقفى انه قال آخر ما عهد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أصلى بالقوم صلاة أضعفهم وان اتخذ مؤذنا لا يأخذ على الاذان اجرا ولان الاستئجار على الاذان والاقامة والامامة وتعليم القرآن والعلم سبب لتنفير الناس عن الصلاة بالجماعة وعن تعليم القرآن والعلم لان ثقل الاجر يمنعهم عن ذلك والى هذا أشار الرب جل شأنه فى قوله عز وجل أم تسألهم اجرا فهم من مغرم مثقلون فيؤدى الى الرغبة عن هذه الطاعات وهذا لا يجوز وقال تعالى وما تسألهم عليه من أجر اى على ما تبلغ اليهم أجرا وهو كان صلى الله عليه وسلم يبلغ بنفسه و بغيره بقوله صلى الله عليه وسلم الا فليبلغ الشاهد الغائب فكان كل معلم مبلغا فاذا لم يجز له أخذ الاجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامره لان ذلك تبليغ منه معنى و يجوز الاستئجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب وكذا يجوز الاستئجار على بناء المساجد والرباطات والقناطر لما قلنا ولا يجوز الاستئجار على غسل

الميت ذكره في الفتاوى لانه واجب ويجوز على حفر القبور وأما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوى انه جائز
على الاطلاق وفي بعضها انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز لان الحمل عليهم واجب وعلى
هذا يخرج ما اذا استأجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه انه لا يجوز لان خدمة الاب الحر واجبة على الابن الحر
فان كان الولد عبدا والاب حر فاستأجر ابنه من مولاه جاز لانه اذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك
ان كان الابن مكاتبا لانه لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي ولو استأجر امرأته لتخدمه كل شهر بأجر مسمى لم يجز
لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة
رضي الله عنهما فجعل ما كان داخل البيت على فاطمة رضي الله عنها وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنه فكان
هذا استئجارا على عمل واجب فلم يجز ولانها تنتفع بخدمة البيت والاستئجار على عمل ينتفع به الاجير غير جائز ولا
يجوز استئجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك استئجار على خدمة الولد وانما اللبن يدخل فيه تبعا على ما ذكرنا
فكان الاستئجار على امر عليها فيما بينها وبين الله تعالى ولان الزوجة مستحقة للنفقة على زوجها وأجرة الرضاع
تجري مجرى النفقة فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستأجرها لارضاع ولدها منه من مال
الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على الولد فلا يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استأجر لولده
من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على اب الولد ويجوز
استئجار الزوجة لترضع ولده من غيرها لانه ليس عليها خدمة ولد غيرها ولو استأجر على ارضاع ولده خادم امه فخادمها
بمنزلتها فما جاز فيها جاز في خادمها وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لانها هي المستحقة لمنفعة خادمها فصار كنفقتها
وكذا مدبرتها لانها تملك منافعها فان استأجر مكاتبتها جاز لانها لا تملك منافع المكاتبة فكانت كالاجنبية ولو
استأجرت المرأة زوجها ليخدمها في البيت باجر مسمى فهو جائز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان
هذا استئجارا على أمر غير واجب على الاجير وكذا لو استأجرته لرعي غنمها لان رعي الغنم لا يجب على الزوج
وان شئت عبرت عن هذا الشرط فقلت ومنها ان لا ينتفع الاجير بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينئذ
يكون عاملا لنفسه فلا يستحق الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا الاستحقاق
لان العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه قال سبحانه وتعالى من عمل صالحا فلنفسه ومن عمل لنفسه
لا يستحق الاجر على غيره وعلى هذه العبارة ايضا يخرج الاستئجار على الطاعات فرضا كانت أو واجبة أو تطوعا
لان الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجر وعلى هذا يخرج ما اذا
استأجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة بربع من دقيقها أو ليعصر له قفيزا من سمسم بجزء معلوم من دهنه انه
لا يجوز لان الاجير ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه نهى عن قفيز الطحان ولو دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة لان الحائك ينتفع بعمله
وهو الحياكة وكذا هو في معنى قفيز الطحان فكان الاستئجار عليه منهيا واذا حاك فللحائك أجر مثل عمله
لاستيفائه المنفعة باجرة فاسدة وبعض مشايخنا ببلخ جوز هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى ومنها
ان تكون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة ويجري بها التعامل بين الناس لانه عقد شرع بخلاف
القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها
والاستظلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبقية ذلك
فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا
لو استأجر الارض التي فيها ذلك الشجر يصير مستأجرا باستئجار الارض ولا يجوز استئجار الشجر وقال أبو
يوسف اذا استأجر ثيابا ليبسطها ببيت ليزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة فاسدة لان بسط الثياب من غير استعمال

ليس منفعة مقصودة عادة وقال عمرو عن محمد فى رجل استأجر دابة ليجنبها يتزين بها فلا أجر عليه لان قود الدابة للتزين ليس بمنفعة مقصودة ولا يجوز استئجار الدراهم والدنانير ليزين الحانوت ولا استئجار المسك والعود وغيرهما من المشمومات للشم لانه ليس بمنفعة مقصودة الا ترى انه لا يعتاد استيفاؤها بعقد الاجارة والله عز وجل الموفق وأما الذى يرجع الى محل المعقود عليه فهو ان يكون مقبوض المؤاجر اذا كان منقولا فان لم يكن فى قبضه فلا تصح اجارته لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض والاجارة نوع بيع فتدخل تحت النهى ولان فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الاجارة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولا فهو على الاختلاف المعروف فى بيع العين انها تجوز عند ابى حنيفة وابى يوسف ولا تجوز عند محمد وقيل فى الاجارة لا تجوز بالاجماع وأما الذى يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة والاجرة فى الاجارات معتبرة بالثمن فى البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح ثمنا فى البياعات يصلح اجرة فى الاجارات ومالا فلا وهو أن تكون الاجرة مالا متقوما معلوما وغير ذلك مما ذكرناه فى كتاب البيوع والاصل فى شرط العلم بالاجرة قول النبى صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا فليعلمه أجره والعلم بالاجرة لا يحصل الا بالاشارة والتعيين أو بالبيان وجملة الكلام فيه أن الاجر لا يخلو اما ان كان شيأ بعينه واما ان كان بغير عينه فان كان بعينه فانه يصير معلوما بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر سواء كان مما يتعين بالتعيين أو مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية عن ذكر الجنس والصفة والنوع والقدر على أصل أصحابنا لان المشار اليه اذا كان مما له حمل ومؤنة يحتاج الى بيان مكان الايفاء عند أبى حنيفة وان كان بغير عينه فان كان مما يثبت دينا فى الذمة فى المعاوضات المطلقة كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة والثياب لا يصير معلوما الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر الا أن فى الدراهم والدنانير اذا لم يكن فى البلد الا نقد واحد لا يحتاج فيها الى ذكر النوع والوزن ويكتفى بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن البلد وان كان فى البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كان فيه نقود غالبة لا بد من البيان فان لم يبين فسد العقد ولا بد من بيان مكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة فى قول أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للايفاء وقد ذكرنا المسئلة فى كتاب البيوع وهل يشترط الاجل فى المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط لان هذه الاشياء كما تثبت دينا فى الذمة مؤجلا بطريق السلم تثبت دينا فى الذمة مطلقا لا بطريق السلم بل بطريق القرض فكان لثبوتها أجلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجل كالسلم وان لم يذكر جاز كالقرض وأما فى الثياب فلا بد من الاجل لانها لا تثبت دينا فى الذمة الا مؤجلا فكان لثبوتها أجل واحد وهو السلم فلا بد فيها من الاجل كالسلم وان كان مما لا يثبت دينا فى الذمة فى عقود المعاوضات المطلقات كالحيوان فانه لا يصير معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر ألا ترى أنه لا يصلح ثمنا فى البياعات فلا يصلح أجرة فى الاجارات وحكم التصرف فى الاجرة قبل القبض اذا وجبت فى الذمة حكم التصرف فى الثمن قبل القبض اذا كان دينا وقد بينا ذلك فى كتاب البيوع واذا لم يجب بأن لم يشترط فيها التعجيل فحكم التصرف فيها نذكره فى بيان حكم الاجارة ان شاء الله عز وجل وما كان منها عينا مشارا اليها فحكمه حكم الثمن اذا كان عينا حتى لو كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان عقارا فعلى الاختلاف المعروف فى كتاب البيوع انه يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز وهى من مسائل البيوع ولو استأجر عبدا بأجر معلوم وبطعامه أو استأجر دابة بأجر معلوم وبعلفها لم يجز لان الطعام أو العلف يصير أجرة وهو مجهول فكانت الاجرة مجهولة والقياس فى استئجار الظئر بطعامها وكسوتها انه لا يجوز وهو قول أبى يوسف ومحمد لجهالة الاجرة وهى الطعام والكسوة الا أن أبا حنيفة استحسن الجواز بالنص وهو قوله عز وجل وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف من غير فصل بين ما اذا كانت

الوالدة منكوحة أو مطلقة وقوله عز وجل وعلى الوارث مثل ذلك أى الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود وقوله تعالى وان أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف نفى الله سبحانه وتعالى الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما الاجرة مجهولة مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضائها الى المنازعة وجهالة الاجرة فى هذا الباب لا تفضى الى المنازعة لان العادة جرت بالمسامحة مع الاظآر والتوسيع عليهن شفقة على الاولاد فأشبهت جهالة القفيز من الصبرة ولو استأجر دارا بأجرة معلومة وشرط الآجر تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو ادخال جذع فى سقفها على المستأجر فالاجارة فاسدة لان المشروط يصير أجرة وهو مجهول فتصير الاجرة مجهولة وكذا اذا آجر أرضا وشرط كرى نهرها أو حفر بئرها أو ضرب مسناة عليها لان ذلك كله على المؤاجر فاذا شرط على المستأجر فقد جعله أجرة وهو مجهول فصارت الاجرة مجهولة ومنها أن لا تكون الاجرة منفعة هى من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شئ من ذلك عندنا وعند الشافعى ليس بشرط وتجوز هذه الاجارة وان كانت الاجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة والخدمة بالركوب ونحو ذلك والكلام فيه فرع فى كيفية انعقاد هذا العقد فعندنا ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل واحدة من المنفعتين معينة بل هى معدومة وقت العقد فيتأخر قبض أحد المستأجرين فيتحقق ربا النساء والجنس بانفراده يحرم النساء عندنا كاسلام الهروى فى الهروى والى هذا أشار محمد فيما حكى ان ابن سماعة كتب يسأله عن هذه المسئلة أنه كتب اليه فى الجواب انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الجبائى فكانت منك زلة أما علمت أن بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروى بالهروى بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة لان الربا لا يتحقق فى جنسين وعند الشافعى منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كأنها أعيان قائمة فلا يتحقق معنى النسيئة ولو تحقق فالجنس بانفراده لا يحرم النساء عنده وتعليل من علل فى هذه المسئلة ان هذا فى معنى بيع الدين بالدين لان المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكالئ بالكالئ غير سديد لان الدين اسم لموجود فى الذمة أخر بالاجل المضروب بتغيير مقتضى مطلق العقد فأما ما لا وجود له وتأخر وجوده الى وقت فلا يسمى دينا وحقيقة الفقه فى المسئلة ما ذكره الشيخ أبو منصور الماتريدى هى ان الاجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد الجنس فبقى على أصل القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فيجوز ويستوى فى ذلك العبد والامة حتى لو استأجر عبدا بخدمته شهرا بخدمة أمة كان فاسدا لاتحاد جنس المنفعة ثم فى اجارة الخدمة بالخدمة اذا خدم أحدهما ولم يخدم الآخر روى عن أبى يوسف انه لا أجرة عليه وذكر الكرخى وقال الظاهر ان له أجر المثل وجه رواية أبى يوسف انه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة فقد جعل بازاء المنفعة ما لا قيمة له فكان راضيا ببذل المنفعة بلا بدل وجه ما ذكره الكرخى انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد لما ذكرنا تحقيقه انها تتقوم بالعقد الفاسد الذى لم يذكر فيه بدل رأسا بأن استأجر شيأ ولم يسم عوضا أصلا فاذا سمى العوض وهو المنفعة أولى وقالوا فى عبد مشترك تهايأ الشريكان فيه تخدم أحدهما يوما ولم تخدم الآخر انه لا أجر له لان هذا ليس بمبادلة بل هو افراز ويجوز استئجار العبدين لعملين مختلفين كالخياطة والصياغة لان الجنس قد اختلف وذكر الكرخى فى الجامع اذا كان عبد بين اثنين أجر أحدهما نصيبه من صاحبه يخيط معه شهرا على أن يصوغ نصيبه معه فى الشهر الداخل ان هذا لا يجوز فى العبد الواحد وان اختلف العمل وانما يجوز فى العملين المختلفين اذا كانا فى عبدين لان هذا مهايأة منهما لانهما فعلا ما يستحق عليهما من غير اجارة والمهايأة من شرط جوازها أن تقع على المنافع المطلقة فأما أن يعين أحد الشريكين على الآخر المنفعة فلا يجوز والله عز وجل أعلم وأما الذى يرجع الى ركن العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه حتى لو أجر داره على أن يسكنها شهرا ثم يسلمها الى المستأجر أو أرضا على أن يزرعها ثم يسلمها

الى

الى المستأجر أودابة على أن يركبها شهرا أوثوبا على أن يلبسه شهرا ثم يسلمه الى المستأجر فالاجارة فاسدة لان هذا شرط لا يقتضيه العقد وانه شرط لا يلائم العقد وزيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض فى معاوضة المال بالمال يكون ربا أوفيها شبهة الربا وكل ذلك مفسد للعقد وعلى هذا يخرج أيضا شرط تطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهى منها واصلاح بئر الماء والبالوعة والمخرج وكرى الانهار وفى اجارة الارض وطعام العبد وعلف الدابة فى اجارة العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر فى الاصل اذا استأجر دارا مدة معلومة بأجرة مسماة على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا أجرة على المستأجر اذا لم يسكنها وان سكنها فعليه أجر مثلها لا ينقص مما سمى أما فساد العقد فظاهر لان شرطه أن لا يسكن نفى موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضى العقد ولا يلائم العقد فكان شرطا فاسدا وأما عدم وجوب الاجر رأسا ان لم يسكن ووجوب أجر المثل ان سكن فظاهر أيضا لان أجر المثل فى الاجارات الفاسدة انما يجب باستيفاء المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما فى النكاح الفاسد لان التخلية هى التمكين ولا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسى من العباد وهو الغصب بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق التسليم فلئن لم ينتفع به المستأجر فقد أسقط حق نفسه فى المنفعة فلا يسقط حق الآجر فى الاجرة واذا سكن فقد استوفى المعقود عليه بعقد فاسد وانه يوجب أجر المثل وأما قوله لا ينقص من المسمى ففيه اشكال لانه قد صح من مذهب أصحابنا الثلاثة ان الواجب فى الاجارة الفاسدة بعد استيفاء المعقود عليه الاقل من المسمى ومن أجر المثل اذا كان الاجر مسمى وقد قال فى هذه المسئلة انه لا ينقص من المسمى من المشايخ من قال المسئلة مؤولة وتأويلها انه لا ينقص من المسمى اذا كان أجر المثل والمسمى واحدا ومنهم من أجرى الرواية على الظاهر فقال ان العاقدين لم يجعلا المسمى بمقابلة المنافع حيث شرط المستأجر أن لا يسكن ولا بمقابلة التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس فى مقابلتها بدل فيجب أجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يذكر فى العقد تسمية أصلا الا انه قال لا ينقص من المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى ولو آجر داره أو أرضه أو عبده أو دابته وشرط تسليم المستأجر جاز لان تسليم المستأجر من مقتضيات العقد ألا ترى انه يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد لا مخالفا له فصار كما لو أجره على أن يملك المستأجر منفعة المستأجر ولو آجر بشرط تعجيل الاجرة أو شرط على المستأجر أن يعطيه بالاجرة رهنا أو كفيلا جاز اذا كان الرهن معلوما والكفيل حاضرا لان هذا شرط يلائم العقد وان كان لا يقتضيه كما ذكرنا فى البيوع فيجوز كما فى بيع العين وأما شرط اللزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد لازما من الاصل ونوع هو شرط بقائه على اللزوم أما الاول فأنواع منها أن يكون العقد صحيحا لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق النقض والفسخ رفعا للفساد حقا للشرع فضلا عن الجواز ومنها أن لا يكون بالمستأجر عيب فى وقت العقد أو وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد حتى قالوا فى العبد المستأجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له أن يفسخ الاجارة لان السلامة مشروطة دلالة فتكون كالمشروط نصا كما فى بيع العين ومنها أن يكون المستأجر مرئى المستأجر حتى لو استأجر دارا لم يرها ثم رآها فلم يرض بها انه يردها لان الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الرؤية كما فى بيع العين فان رضى بها بطل خياره كما فى بيع العين وأما الثانى فنوعان أحدهما سلامة المستأجر عن حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق العقد لازما حتى لو استأجر عبدا يخدمه أو دابة يركبها أو دارا يسكنها فمرض العبد أو عرجت الدابة أو انهدم بعض بناء الدار فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ بخلاف البيع اذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض انه ليس للمشترى أن يرده لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيأ فشيأ فكان كل جزء من أجزاء المنافع معقودا مبتدأ فاذا حدث العيب

بالمستأجر كان هذا عيبا حدث بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الاجارة فلا فرق بينهما من حيث المعنى واذا ثبت الخيار للمستأجر فان لم يفسخ ومضى على ذلك الى تمام المدة فعليه كمال الاجرة لانه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع البدل كما في بيع العين اذا اطلع المشترى على عيب فرضي به وان زال العيب قبل أن يفسخ بان صح العبد وزال العرج عن الدابة و بنى المؤاجر ما سقط من الدار بطل خيار المستأجر لان الموجب للخيار قد زال والعقد قائم فيزول الخيار هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستأجر فان كان لا يضر بالانتفاع به بقي العقد لازما ولا خيار للمستأجر كالعبد المستأجر اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره أو سقط من الدار المستأجرة حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة لا على العين اذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معقود عليها في باب الاجارة وتغير عين المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان يرجع الى المعقود عليه فاوجب الخيار فله أن يفسخ ثم انما يلي الفسخ اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما وقال هشام عن محمد في رجل استأجر أرضا سنة يزرعها شيا ذكره فزرعها فاصاب الزرع آفة من برد أو غيره فذهب به وتأخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر أن يزرع قال ان أراد أن يزرع شيأ غيره مما ضرره على الارض أقل من ضرره أو مثل ضرره فله ذلك والا فسخت عليه الاجارة وألزمته اجر ما مضى لانه اذا عجز عن زراعة ذلك النوع كان استيفاء الاجارة اضرارا به قال واذا نقص الماء عن الرحى حتى صار يطحن أقل من نصف طحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفاء العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع ولو انهدمت الدار كلها أو انقطع الماء عن الرحى أو انقطع الشرب عن الارض فقد اختلفت اشارة الروايات فيه ذكر في بعضها ما يدل على أن العقد ينفسخ فانه ذكر في اجارة الاصل اذا سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا فهذا دليل الانفساخ حيث جوز للمستأجر الخروج من الدار مع غيبة المؤاجر ولو لم تنفسخ توقف جواز الفسخ على حضوره والوجه فيه أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب منها الانتفاع بالسكنى وقد بطل ذلك فقد هلك المعقود عليه فينفسخ العقد وذكر في بعضها ما يدل على أن العقد لا ينفسخ لكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر في كتاب الصلح اذا صالح على سكنى دار فانهدمت ينفسخ الصلح وروى هشام عن محمد فيمن استأجر بيتا وقبضه ثم انهدم فبناه الآجر فقال المستأجر بعد ما بناه لا حاجة لي فيه قال محمد ليس للمستأجر ذلك وكذلك لو قال المستأجر آخذه وأبى الآجر ليس للآجر ذلك وهذا يجري مجرى النص على أن الاجارة لم تنفسخ ووجهه أن الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها منفعة السكنى في الجملة بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه رأسا فلا ينفسخ العقد على انه ان فات كله لكن فات على وجه يتصور عوده وهذا يكفي لبقاء العقد كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض والاصل فيه أن العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفائدة لان الثابت بيقين لا يزال بالشك كما أن غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك وذكر القدوري وقال الصحيح ان العقد ينفسخ لما ذكرنا أن المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس بمنفعة مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاؤه لبقاء العقد وقال فيما ذكره محمد في البيت اذا بناه المؤاجر انه لما بناه تبين أن العقد لم ينفسخ حقيقة وان حكم بفسخه ظاهرا فيجبر على التسليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر مع التوقف في الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت في يد البائع فدبغ جلدها انه يحكم ببقاء العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهرا بموت الشاة كذا ههنا واذا بقي العقد يجبر على التسليم والتسلم وقبل البناء لا يعلم ان العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب العمل بالظاهر وذكر محمد في السفينة اذا انقضت وصارت ألواحا ثم بناها المؤاجر انه لا يجبر على تسليمها الى المستأجر فقد فرق بين السفينة و بين البيت ووجه الفرق أن العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة لان الاصل فيها الصناعة وهي التركيب

والالواح

والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينة ملكها فكان تركيب الالواح بمنزلة اتخاذ سفينة أخرى فلم يجبر على تسليمها الى المستأجر بخلاف الدار لان عرصة الدار ليست بتابعة للبناء بل العرصة فيها أصل فاذا بناها فقد بنى تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم وقال محمد فيمن استأجر رحى ماء سنة فانقطع الماء بعد ستة أشهر فامسك الرحى حتى مضت المدة فعليه أجر للستة أشهر الماضية ولا شىء عليه لما بقى لان منفعة الرحى قد بطلت فانفسخ العقد قال فان كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقى شىء من المعقود عليه له حصة فى العقد فاذا استوفى لزمه حصته فان سلم المؤاجر الدار الا بيتا منها ثم منعه رب الدار أو غيره بعد ذلك من البيت فلا أجر على المستأجر فى البيت لانه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه حصة ما لم يستوف وللمستأجر أن يمتنع من قبول الدار بغير البيت وأن يفسخ الاجارة اذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت فى المعقود عليه وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار ولو استأجر دارا أشهرا مسماة فلم تسلم اليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم أراد أن يتسلم الدار فيما بقى من المدة فله ذلك وليس للمستأجر أن يأبى ذلك وكذلك لو كان المستأجر طلبها من المؤاجر فمنعه اياها ثم أراد أن يسلمها فذلك له وليس للمستأجر أن يمتنع لان الخيار انما يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة ههنا حينما وقعت وقعت متفرقة لان المنافع تحدث شيأ فشيأ فكان كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقد ابتدأ فكان أول جزء من المنفعة مملوكا بعقد والثانى مملوكا بعقد آخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم فى أحدهما لا يؤثر فى الآخر فان استأجر دارين فسقطت احداهما أو منعه مانع من احداهما أو حدث فى احداهما عيب فله أن يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت عليه فيثبت له الخيار والله عز وجل أعلم والثانى عدم حدوث عذر بأحد العاقدين أو بالمستأجر فان حدث بأحدهما أو بالمستأجر عذر لا يبقى العقد لازما وله أن يفسخ وهذا عند أصحابنا وعند الشافعى هذا ليس بشرط بقاء العقد لازما ولقب المسئلة ان الاجارة تفسخ بالاعذار عندنا خلافا له (وجه) قوله ان الاجارة أحد نوعى البيع فيكون لازما كالنوع الآخر وهو بيع الاعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعو الى الفسخ عند العذر لانه لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكر فى تفصيل الاعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ فى الحقيقة امتناعا من التزام الضرر وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لانا نقول نعم لكنه عجز عن المضى فى موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ فى هذه الحالة كما فى بيع العين اذا اطلع المشترى على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستأجر وكذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما ان هذا هكذا اذا لم يعجز عن المضى على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز ههنا فلا يشترط التراضى على الفسخ كما فى بيع العين وحدوث العيب بالمستأجر ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لانه يقتضى ان من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلا ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت فى يده أكلة فاستأجر رجلا ليقطعها فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلا وشرعا واذا ثبت ان الاجارة تفسخ بالاعذار فلا بد من بيان الاعذار المثبتة للفسخ على التفصيل فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون فى جانب المستأجر وقد يكون فى جانب المؤاجر وقد يكون فى جانب المستأجر أما الذى فى جانب المستأجر فنحو أن يفلس فيقوم من السوق أو يريد سفرا أو ينتقل من الحرفة الى الزراعة أو من الزراعة الى التجارة أو ينتقل من حرفة الى حرفة لان المفلس لا ينتفع بالحانوت فكان فى ابقاء العقد من غير استيفاء المنفعة اضرار به ضررا لم يلتزمه العقد فلا يجبر على عمله واذا عزم على السفر ففى ترك السفر مع العزم عليه ضرر به وفى ابقاء العقد مع خروجه الى السفر ضرر به أيضا لما فيه من لزوم الاجرة من غير استيفاء المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه فان منعناه عن الانتقال أضررنا به وان أبقينا العقد بعد الانتقال لألزمناه الاجرة من غير استيفاء المنفعة وفيه ضرر به ولو أراد

أن ينتقل من حانوت الى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه فى الثانى لما ان الثانى أرخص وأوسع عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه استيفاء المنفعة من الاول من غير ضرر وانما بطلت زيادة المنفعة وقد رضى بالقدر الموجود منها فى الاول وعلى هذا اذا استأجر رجلا لما لا يصل الى الانتفاع به من غير ضرر يدخل فى ملكه أو بدنه ثم بدا له أن يفسخ الاجارة بأن استأجر رجلا ليقصر له ثيابا أو ليقطعها أو يخيطها أو يهدم دارا له أو يقطع شجرا له أو ليقلع ضرسه أو ليحجم أو ليفصد أو ليزرع أرضا أو يحدث فى ملكه شيأ من بناء أو تجارة أو حفر ثم بدا له أن لا يفعل فله أن يفسخ الاجارة ولا يجبر على شئ من ذلك لان القصارة والقطع نقصان عاجل فى المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف المال والزراعة اتلاف البذر وفى البناء اتلاف الآلة وقلع الضرس والحجامة والفصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر به الا أنه استأجره لمصلحة تأملها تربو على المضرة فاذا بدا له علم أنه لا مصلحة فيه فبقى الفعل ضررا فى نفسه فكان له الامتناع من الضرر بالفسخ اذ الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو استأجر ابلا الى مكة ثم بدا للمستأجر أن لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لما بدا له علم ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استأجر دابة ليسافر ثم قعد عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا ان الجمال اذا قال للحاكم ان هذا لا يريد أن يترك السفر وانما يريد أن يفسخ الاجارة قال له الحاكم انتظره فان خرج ثم قعد الجمال معه فاذا فعلت ذلك فلك الاجر فان قال صاحب الدار للحاكم ان هذا لا يريد سفرا وانما يقول ذلك ليفسخ الاجارة استحلفه الحاكم بالله عز وجل انه يريد السفر الذى عزم عليه لانه يدعى سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه فلا يقبل قوله الا مع يمينه وقالوا لو خرج من المصر فاسخ ثم رجع فقال صاحب الدار انما أظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله عز وجل لقد خرج قاصدا الى الموضع الذى ذكر لان المؤاجر يدعى ان الفسخ وقع بغير عذر وهو عزم السفر الى موضع معلوم ولا يمكنه اقامة البينة عليه لان عزم المستأجر لا يعلم الا من جهته فكان القول قوله مع يمينه وأما الجمال اذا بدا له من الخروج فليس له أن يفسخ الاجارة لان خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فان له أن يبعث غيره مع الجمال فلا يكون قعوده عذرا بخلاف خروج المستأجر لان غرضه يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذرا ولو استأجر رجلا ليحفر له بئرا فحفر بعضها فوجدها صلبة أو خرج حجرا أو وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان عذرا لانه يعجز عن المضى فى موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه وقال هشام عن أبى يوسف فى امرأة ولدت يوم النحر قبل أن تطوف فأبى الجمال أن يقيم قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا سبيل الى الزام الجمال للاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به اذ هى مدة ما جرت العادة باقامة القافلة قدرها فيجعل عذرا فى فسخ الاجارة وان كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقى من مدة نفاسها كمدة الحيض أو أقل أجبر الجمال على المقام معها لان هذه المدة قد جرت العادة بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج وأما الذى هو فى جانب المؤاجر فنحو أن يلحقه دين فادح لا يجد قضاءه الا من ثمن المستأجر من الابل والعقار ونحو ذلك اذا كان الدين ثبت قبل عقد الاجارة بالبينة أو بالاقرار أو ثبت بالبينة بعد عقد الاجارة ولو ثبت بعد عقد الاجارة بالاقرار فكذلك عند أبى حنيفة وأما عندهما فالدين الثابت بالاقرار بعد عقد الاجارة لا تفسخ به الاجارة لانه متهم فى هذا الاقرار ولابى حنيفة ان الظاهر ان الانسان لا يقر بالدين على نفسه كاذبا وهذا العذر من جانب المؤاجر بناء على أن بيع المؤاجر لا ينفذ عندنا من غير اجازة المستأجر خلافا للشافعى على ما نذكره واذا لم يجز البيع مع عقد الاجارة جعل الدين عذرا فى فسخ الاجارة لان ابقاء الاجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل اضرار بالمؤاجر لانه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبسه القاضى وهو غير قادر على قضاء الدين بالمؤاجر لتعلق حق المستأجر به فينبغى أن لا يحبسه القاضى فالجواب ان القاضى لا يصدقه انه لا مال له سوى المؤاجر فيحبسه الى أن يظهر حاله وفى الحبس ضرر على أنه ان لم يكن له مال آخر غير المؤاجر لكن حق المستأجر انما تعلق بالمنفعة لا بالعين وقضاء الدين يكون من

بدل

بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك لو اشترى شيأ فاجره ثم اطلع على عيب به له أن يفسخ الاجارة ويرده بالعيب على بائعه وان رضى المستاجر بالعيب ويجعل حق الرد بالعيب عذرا له فى فسخ الاجارة لانه لا يقدر على استيفائها الا بضرر وهو التزام المبيع المعيب ولو أراد المؤاجر السفر أو النقلة عن البلد وقد أجر عقاراله فليس ذلك بعذر لان استيفاء منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن يفسخ اذا كانت بعينها أما اذا أصاب الابل داء فلان استعمال الدابة مع ما بها من الداء اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا المستأجر لان المنافع تنقص بمرض الابل فصار ذلك عيبا فيها وأما مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضى أن لا يكون عذرا لان أثر المرض فى المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال غير مستحق بالعقد وأما وجه رواية أبى يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال وبين قعوده ان الجمال يقوم على جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر وليس كذلك اذا بداله من الخروج لانه يقدر على الخروج فاذا ترك ذلك باختياره كان عليه أن يقيم غيره مقامه ولو أجر صانع من الصناع أو عامل من العمال نفسه لعمل أو صناعة ثم قال بدالى أن أترك هذا العمل وأنتقل منه الى غيره قال محمد ان كان ذلك من عمله بان كان حجاما فقال قد أنفت من عملى وأريد تركه لم يكن له ذلك ويقال أوف العمل ثم انتقل الى ماشئت من العمل لان العقد قد لزمه ولا عار عليه فيه لانه من أهل تلك الحرفة فهو بقوله أريد أن أتركه يريد أن يدفع عنه فى الحال ويقدر على ذلك بعد انقضاء العمل وان كان ذلك العمل ليس من عمله وصنعته بل أسلم نفسه فيها وذلك مما يعاب به أو كانت امرأة أجرت نفسها ظئرا وهى ممن تعاب بذلك فلأهلها أن يخرجوها وكذلك ان أبت هى أن ترضعه لان من لا يكون من أهل الصنائع الدنيئة اذا دخل فيها يلحقه العار فاذا أراد الترك فهو لا يقدر على ايفاء المنافع الا بضرر وكذلك الظئر اذا لم تكن ممن يرضع مثلها فلأهلها الفسخ لانهم يعيرون بذلك وفى المثل السائر تجوع الحرة ولا تأكل بثدييها فان لم يمكن ايفاء العقد الا بضرر فلا يقدر على تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفء انه لا يثبت لها حق الفسخ ويثبت للاولياء لان النكاح لا يفسخ بالعذر فقد لزمها العقد والاجارة تنفسخ بالعذر وان وقعت لازمة ولو انهدم منزل المؤاجر ولم يكن له منزل آخر سوى المنزل المؤاجر فاراد أن ينقض الاجارة ويسكنها ليس له ذلك لانه يمكنه أن يستأجر منزلا آخر أو يشترى فلا ضرورة الى فسخ الاجارة وكذا اذا أراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه أن يترك المنزل فى الاجارة ويخرج بخلاف المستاجر اذا أراد أن يخرج لما ذكرنا ولو اشترى المستاجر منزلا فاراد التحول اليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه أن يؤاجر دار نفسه فشراؤه دارا أخرى أو وجود دار أخرى لا يوجب عذرا فى الدار المستأجرة والله عز وجل أعلم وأما الذى هو فى جانب المستأجر فمنها عتق العبد المستأجر فانه عذر فى فسخ الاجارة حتى لو أجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة أشهر أعتقه فهو بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ أما العتق فلا شك فى نفاذه لصدور الاعتاق من الاهل فى المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستاجر لا يؤثر الا فى المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على امكان التسليم بدليل ان اعتاق الآبق نافذ وأما الخيار فلان العقد على المنافع ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوثها فيصير بعد الحرية كانه عقد عليه ابتداء فكان له خيار الاجارة والفسخ فان فسخ بطل العقد فيما بقى وسقط عن المستأجر الاجر فيما بقى وكان أجر ما مضى للمولى لانها بدل منفعة استوفيت على ملك المولى بعقده وان أجاز ومضى على الاجارة فالاجرة فيما يستقبل الى تمام السنة تكون للعبد لانها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكانت له كما لو أجر نفسه من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه المولى فى المدة فلا خيار له بخلاف العبد المأذون اذا أجر نفسه بعد الحرية فان اختار الاجارة لم يكن له أن ينقضها بعد ذلك لانه باختيار الاجارة أبطل حق الفسخ فلا يحتمل العود وقبض الاجرة كلها للمولى وليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة من المولى لان العاقد هو المولى وحقوق العقد ترجع الى العاقد هذا ان لم يكن المستاجر عجل الاجرة ولا شرط المولى عليه

التعجيل فان كان عجل أوشرط عليه التعجيل فاعتق العبد واختار المضى على الاجارة فالاجرة كلها للمولى لانه
ملكها بالتعجيل أو باشتراط التعجيل وان اختار الفسخ يرد النصف الى المستاجر لان الاجرة بمقابلة المنفعة ولم يسلم
له الا منفعة نصف المدة وسواء كان المولى أجره بنفسه أوأذن للعبد أن يؤاجر نفسه سنة فاجر ثم أعتقه المولى فى
نصف المدة لان عقده باذن المولى كعقد المولى بنفسه الا ان قبض الاجرة ثم اعتقه المولى فى المدة لان اجارة المحجور
وقعت فاسدة وخيار الامضاء فى العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف الماذون ومنها بلوغ
الصبى المستأجر آجره أبوه أو وصى أبيه أو جده أو وصى جده أو القاضى أو أمينه فبلغ فى المدة فهو عذر ان شاء أمضى
الاجارة وان شاء فسخ لان فى ابقاء العقد بعد البلوغ ضررا بالصبى لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضى فى موجب العقد
الا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا ولو أجر واحد من هؤلاء شيأ من ماله فبلغ قبل تمام المدة لا خيار له والفرق بين اجارة
النفس والمال ذكره فى كتاب البيوع ان اجارة ماله تصرف نظر فى حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما اجارة النفس
فهو فى وضعها اضرار وانما يملكها الولى أو الوصى من حيث هى تأديب وقد انقطعت ولاية التأديب بالبلوغ فاما غلاء
أجر المثل فليس بعذر تنفسخ به الاجارة الا فى اجارة الوقف حتى لو آجر دارا هى ملكه ثم غلا أجر مثل الدار ليس له
أن يفسخ العقد الا فى الوقف فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد فى المستقبل على أجرة معلومة وفيما مضى يجب
المسمى بقدره وقيل هذا اذا ازداد أجر مثل الدور فاما اذا جاء واحد و زاد فى الاجرة تعنتا على المستأجر الاول فلا
يعتبر ذلك ثم انما تفسخ هذه الاجارة اذا أمكن الفسخ فاما اذا لم يمكن فلا تفسخ بأن كان فى الارض زرع لم يستحصد
لان فى القلع ضررا بالمستأجر فلا تفسخ بل تترك الى أن يستحصد الزرع بأجر المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى
بقدره وبعد الزيادة الى أن يستحصد يجب أجر المثل هذا اذا غلا أجر مثل الوقف فاما اذا رخص فان الاجارة
لا تفسخ لان المستأجر رضى بذلك القدر و زيادة ولان الفسخ فى الوقف عند الغلاء لمعنى النظر للوقف وفى هذا
ضرر فلا تفسخ وأما العذر فى استئجار الظئر فنحو أن لا يأخذ الصبى من لبنها لانه لم يحصل بعض ما دخل تحت العقد
أو بقى من لبنها الا ان الصبى يتضرر به أو تحبل الظئر لان لبن الحامل يضر بالصبى أو تكون سارقة لانهم يخافون على
متاعهم أو تكون فاجرة بينة الفجور لانها تتشاغل بالفجور عن حفظ الصبى أو أرادوا أن يسافروا بصبيهم وأبت
الظئر أن تخرج معهم لان فى الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم وفى ابقاء العقد بعد السفر اضرارا أيضا أو تمرض
الظئر لان الصبى يتضرر بلبن المريضة والمرأة تتضرر بالارضاع فى المرض أيضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان
كانوا يؤذونها بالسنتهم أمروا أن يكفوا عنها فان لم يكفوا كان لها أن تخرج لان الاذية محظورة فعليهم تركها فان لم
يتركوها كان فى ابقاء العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا وللزوج أن يخرجها من الرضاع ان لم تكن الاجارة برضاه
وقيل هو على التفصيل ان كان ممن يشينه أن ترضع زوجته فله الفسخ لانه يعير بذلك فيتضرر به وان كان ممن لا يشينه
ذلك لم يكن له أن يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لا منافع ثديها فكانت هى بالاجارة متصرفة فى حقها
وقيل له الفسخ فى الوجهين لانها ان أرضعت الصبى فى بيتهم فللزوج أن يمنعها من الخروج من منزله وان أرضعت فى
بيته فله أن يمنعها من ادخال الصبى الى بيته ثم اذا اعترض شئ من هذه الاعذار التى وصفناها فالاجارة تنفسخ بنفسها
أو تحتاج الى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم لا تنفسخ والصواب انه ينظر الى العذر ان كان
يوجب العجز عن المضى فى موجب العقد شرعا بان كان المضى فيه حراما فالاجارة تنتقض بنفسها كما فى الاجارة على
قلع الضرس اذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتأكلة اذا برأت ونحو ذلك وان كان العذر بحيث لا يوجب
العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه العقد لا ينفسخ الا بالفسخ وهل يحتاج فيه الى فسخ القاضى أو
التراضى ذكر فى الاصل وفى الجامع الصغير انه لا يحتاج اليه بل للعاقد فسخها وذكر فى الزيادات انها لا تفسخ الا
بفسخ القاضى أو التراضى وجه ماذكر فى الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد فاشبه الرد بالعيب بعد القبض

وجه المذكور في الاصل والجامع الصغير ان المنافع في الاجارة لا تملك جملة واحدة بل شيأ فشيأ فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ ولا يقف ذلك على القضاء والرضا كذا هذا ومن مشايخنا من فصل فيه تفصيلا فقال ان كان العذر ظاهرا لا حاجة الى القضاء وان كان خفيا كالدين يشترط القضاء ليظهر العذر فيه ويزول الاشتباه وهذا حسن وينبغي أن يبيع المستأجر ثم يفسخ الاجارة

﴿ فصل ﴾ وأما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم اذا وقعت صحيحة عرية عن خيار الشرط والعيب والرؤية عند عامة العلماء فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح انها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لانها اباحة المنفعة فأشبهت الاعارة ولنا انها تمليك المنفعة بعوض فأشبهت البيع وقال سبحانه وتعالى أوفوا بالعقود والفسخ ليس من الايفاء بالعقد وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة أو خيار جعل البيع نوعين نوعا لا خيار فيه ونوعا فيه خيار والاجارة بيع فيجب أن تكون نوعين نوعا ليس فيه خيار الفسخ ونوعا فيه خيار الفسخ ولانها معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد أحد العاقدين فيها بالفسخ الا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة أما الصحيحة فلها أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع أما الحكم الاصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته أما الاول فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستأجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة للآجر لانها عقد معاوضة اذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في العوضين وأما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان كان عقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة أو تأجيلها فان عقد مطلقا فالحكم يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمؤاجر في الاجرة وقت ثبوت الملك للمستأجر في المنفعة وهذا قول أصحابنا وقال الشافعي حكم الاجارة المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل وأما كيفية ثبوت حكم العقد فعندنا يثبت شيأ فشيأ على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيأ فشيأ وعنده تجعل المدة موجودة تقديرا كانها اعيان قائمة ويثبت الحكم فيها في الحال وعلى هذا يبني ان الاجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك (وجه) قوله ان الاجارة عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد كالبيع الا أن الملك لا بد له من محل يثبت فيه منافع المدة معدومة في الحال حقيقة فتجعل موجودة حكما تصحيحا للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند تحقق الحاجة والضرورة ولنا ان المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها في أحد العوضين لا يثبت في العوض الآخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله عوض ولان المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة اذا لم يثبت الملك في أحد العوضين والملك لم يثبت في أحد العوضين وهو منافع المدة لانها معدومة حقيقة فلا تثبت في الاجرة في الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة في أي وقت تثبت فقد كان أبو حنيفة أولا يقول ان الاجرة لا تجب الا بعد مضي المدة مثل استئجار الارض سنة أو عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع عنه فقال تجب يوما فيوما وفي الاجارة على المسافة مثل ان استأجر بعيرا الى مكة ذاهبا وجائيا كان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجر حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع وقال يسلم حالا فحالا وذكر الكرخي انه يسلم أجرة كل مرحلة اذا انتهى اليها وهو قول أبي يوسف ومحمد وجه قول أبي حنيفة الاول ان منافع المدة أو المسافة من حيث انها معقود عليها شيء واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب شيء من بدلها كمن استأجر خياطا يخيط ثوبا فخاط بعضه انه لا يستحق الاجرة حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ (وجه) قوله الثاني وهو المشهور انه ملك البدل وهو المنفعة وانها تحدث شيأ فشيأ على حسب حدوث الزمان فيملكها شيأ فشيأ على حسب حدوثها فكذا ما يقابلها فكان ينبغي أن يجب عليه تسليم الاجرة

ساعة فساعة الا أن ذلك متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما ومرحلة فمرحلة لانه لا يعذر فيه وروى عن أبى يوسف فيمن استأجر بعيرا الى مكة انه اذا بلغ ثلث الطريق أو نصفه أعطى من الاجر بحسابه استحسانا وذكر الكرخى ان هذا قول أبى يوسف الاخير ووجهه ان السير الى ثلث الطريق أو نصفه منفعة مقصودة فى الجملة فاذا وجد ذلك القدر يلزمه تسليم بدله وعلى هذا يخرج ما اذا أبرأ المؤاجر المستأجر من الاجر أو وهبه له أو تصدق به عليه ان ذلك لا يجوز فى قول أبى يوسف الاخير عينا كان الاجر أو دينا وقال محمد ان كان دينا جاز وجه قول أبى يوسف ظاهر خارج على الاصل وهو ان الاجرة لم يملكها المؤاجر فى العقد المطلق عن شرط التعجيل والابراء عما ليس بمملوك المبرئ لا يصح بخلاف الدين المؤجل لانه مملوك وانما التأجيل لتأخير المطالبة فيصح الابراء عنه وهبة غير المملوك لا تصح وجه قول محمد ان الابراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصدا صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى على ألف درهم فقال أعتقت والابراء اسقاط واسقاط الحق بعد وجود سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعنى بالانعقاد فى حق الحكم فهو غير منعقد فى حق الحكم بلا خلاف بين أصحابنا وان كان يعنى شيأ آخر فهو غير معقول ولو أبرأه عن بعض الاجرة أو وهب منه جاز فى قولهم جميعا أما على أصل محمد فظاهر لانه يجوز ذلك عنده فى الكل فكذا فى البعض وأما على أصل أبى يوسف فلان ذلك حط بعض الاجرة فيلحق الحط بأصل العقد فيصير كالو وجد فى حال العقد بمنزلة هبة بعض الثمن فى البيع وحط الكل لا يمكن الحاقه بأصل العقد ولا سبيل الى تصحيحه للحال لعدم الملك وأما اذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها المؤاجر للمستأجر قبل استيفاء المنافع فقد قال أبو يوسف ان ذلك لا يكون نقضا للاجارة وقال محمد ان قبل المستأجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل أما أبو يوسف فقد مر على الاصل ان الهبة لم تصح لعدم الملك فالتحقت بالعدم كانها لم توجد رأسا بخلاف المشترى اذا وهب المبيع من بائعه قبل القبض وقبله البائع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة هنالك قد صحت لصدورها من المالك فثبت الملك للبائع فانفسخ البيع وأما محمد فانه يقول الاجرة اذا كانت عينا كانت فى حكم المبيع لان ما يقابلها هو فى حكم الاعيان والمشترى اذا وهب المبيع قبل القبض من البائع فقبله البائع يبطل البيع كذا هذا واذا رد المستأجر الهبة لا تبطل الاجارة لان الهبة لا تتم الا بالقبول فاذا رد بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا اذا صارف المؤاجر المستأجر بالاجرة فأخذ بها دينارا بأن كانت الاجرة دراهم ان العقد باطل عند أبى يوسف فى قوله الاخير وكان قوله الاول انه جائز وهو قول محمد فأبو يوسف مر على الاصل فقال الاجرة لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض فى المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشترى الدينار بدراهم فى ذمته ثم يجعلها قصاصا بالاجرة ولا أجرة له فيبقى ثمن الصرف فى ذمته فاذا افترقا قبل القبض بطل الصرف ومحمد يقول اذا لم يجز الصرف الا ببدل واجب ولا وجوب الا بشرط التعجيل ثبت الشرط مقتضى اقدامهما على الصرف ولو شرطا تعجيل الاجرة ثم تصارفا جاز كذا هذا ولو اشترى المؤاجر من المستأجر عينا من الاعيان بالاجرة جاز فى قولهم لان العقد على الاعيان والهبة جائزان فالرهن والكفالة أولى وأما على أصل أبى يوسف فأما الكفالة فلان جوازها لا يستدعى قيام الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يذوب له على فلان جازت وكذلك الكفالة بالدرك جائزة وكذلك الرهن بدين لم يجب جائز كالرهن بالثمن فى البيع المشروط فيه الخيار ولان الكفالة والرهن شرعا للتوثق والتوثق ملائم للاجر هذا اذا وقع العقد مطلقا عن شرط تعجيل الاجرة فاما اذا شرط فى تعجيلها ملكت بالشرط ووجب تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك عندنا الا بأحد معان ثلاثة أحدها شرط التعجيل فى نفس العقد والثانى التعجيل من غير شرط والثالث استيفاء المعقود عليه اما ملكها بشرط التعجيل فلان ثبوت الملك فى العوضين فى زمان واحد لتحقيق

معنى

معنى المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة والمساواة لا يتحقق الا في ثبوت الملك فيهما في زمان واحد فاذا شرط التعجيل فلم توجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد يقتضي الحلول كذا هذا وللمؤجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الاجرة كذا ذكر الكرخي في جامعه لان المنافع في باب الاجارة كالمبيع في باب البيع والاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفي الثمن فكذا للمؤاجر حبس المنافع الى أن يستوفي الاجرة المعجلة فان قيل لا فائدة في هذا الحبس لان الاجارة اذا وقعت على مدة فاذا حبس المستأجر مدة بطلت الاجارة في تلك المدة ولا شيء فيها من الاجرة فلم يكن الحبس مفيدا فالجواب ان الحبس مفيد لانه يحبس ويطالب بالاجرة فان عجل والا فسخ العقد فكان في الحبس فائدة على أن هذا لا يلزم في الاجارة على المسافة بأن أجر دابة مسافة معلومة لان العقد ههنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا ويبطل بيع ما يتسارع اليه الفساد كالسمك الطري ونحوه اذ للبائع حبسه حتى يستوفي الثمن وان كان يؤدي الى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط في عقد الاجارة على أن لا يسلم المستاجر الاجر الا بعد انقضاء مدة الاجارة فهو جائز وأما على قول أبي حنيفة الاول فظاهر لان الاجرة لا تجب الا في آخر المدة فاذا شرط كان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد فكان جائزا وأما على قوله الآخر فالاجرة وان كانت تجب شيأ فشيأ فقد شرط تأجيل الاجرة والاجرة كالثمن فتحتمل التأجيل كالثمن وأما اذا عجل الاجرة من غير شرط فلانه لما عجل الاجرة فقد غير مقتضى مطلق العقد وله هذه الولاية لان التأخير ثبت حقا له فيملك ابطاله بالتعجيل كما لو كان عليه دين مؤجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فالاستحقاق وان لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت وأما اذا استوفى المعقود عليه فلانه يملك المعوض فيملك المؤاجر العوض في مقابلته تحقيقا للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق وعلى هذا الاصل تبنى الاجارة المضافة الى زمان في المستقبل بان قال أجرتك هذه الدار غدا أو رأس شهر كذا أو قال أجرتك هذه الدار سنة أولها غرة شهر رمضان انها جائزة في قول أصحابنا وعند الشافعي لا تجوز وجه البناء ان الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده أن تجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيحا له اذ لا بد وأن يكون محل حكم العقد موجودا ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كأنها أعيان قائمة بنفسها واضافة البيع الى عين ستوجد لا تصح كما في بيع الاعيان حقيقة وأما عندنا فالعقد ينعقد شيأ فشيأ على حسب حدوث المعقود عليه شيأ فشيأ وهو المنفعة فكان العقد مضافا الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص على الاضافة يكون مقررا مقتضى العقد الا أنا جوزنا الاضافة في الاجارة دون البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشاء العقد عليها فدعت الضرورة الى الاضافة ولا ضرورة في بيع العين لامكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقاء فلا ضرورة الى الاضافة وطريقنا أولى لان جعل المعدوم موجودا تقدير للمحال وتقدير المحال محال ولا احالة في الاضافة الى زمان في المستقبل فان كثيرا من التصرفات تصح مضافة الى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما فكان الصحيح ما قلنا وأما الاحكام التي هي من التوابع فكثيرة بعضها يرجع الى الآجر والمستاجر مما عليهما ولهما وبعضها يرجع الى صفة المستأجر والمستاجر فيه أما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد الاجارة لا يخلو اما ان شرط فيه تعجيل البدل أو تاجيله واما ان كان مطلقا عن شرط التعجيل والتاجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستاجر تعجيلها والابتداء بتسليمها سواء كان ما وقع عليه الاجارة شيأ ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد الخدمة أو كان صانعا أو عاملا ينتفع بصنعته أو عمله كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف لانهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك

الآجر البدل حتى يجوز له هبته والتصدق به والابراء عنه والشراء والرهن والكفالة وكل تصرف يملك البائع فى الثمن
فى باب البيع وللمؤاجر أن يمتنع عن تسليم المستأجر فى الاشياء المنتفع باعيانها حتى يستوفى الاجرة وكذا للاجير
الوحد أن يمتنع عن تسليم النفس وللاجير المشترك أن يمتنع عن ايفاء العمل قبل استيفاء الاجرة فى الاجارة
كالثمن فى البياعات وللبائع حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن اذا لم يكن مؤجلا كذا ههنا وان شرط فيه تأجيل
الاجرة يبتدأ بتسليم المستاجر وايفاء العمل وانما يجب بتسليم البدل عند انقضاء الاجل لان الاصل فى الشروط
اعتبارها للحديث الذى روينا وان كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل والتأجيل يبتدأ بتسليم ما وقع عليه العقد فى نوعى
الاجارة فيجب على المؤاجر تسليم المستاجر وعلى الاجير تسليم النفس أو ايفاء العمل أولا عندنا خلافا للشافعى لان
الاجرة لا تجب عندنا بالعقد المطلق وعنده تجب والمسئلة قد مرت غير ان فى النوع الاول وهو الاجارة على الاشياء
المنتفع باعيانها اذا سلم المستأجر لا يجب على المستأجر تسليم البدل كله للحال بل على حسب استيفاء المنفعة شيأ
فشيأ حقيقة أو تقديرا بالتمكن من الاستيفاء فى قول أبى حنيفة الآخر وللمؤاجر أن يطالبه بالاجرة بمقدار ذلك يوما
فيوما فى الاجارة على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة فى الاجارة على المسافة ولكن يخير المكارى على الحمل الى
المكان المشروط اذ لو لم يخير لتضرر المستاجر وفى قوله الاول وهو قول أبى يوسف ومحمد لا يجب تسليم شئ من
البدل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة كلها فى الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم وأما فى
النوع الآخر وهو استئجار الصناع والعمل فلا يجب تسليم شئ من البدل الا عند انتهاء المدة أو قطع المسافة بعد
الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا فى الحمال ما لم يحط المتاع من رأسه لا يجب الاجر لان الحط من تمام العمل
وهكذا قال أبو يوسف فى الحمال يطلب الاجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه انه ليس له ذلك لان الوضع من تمام
العمل والفرق ان كل جزء من العمل فى هذا النوع غير مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل
كشئ واحد فما لم يوجد لا يقابله البدل بلا خلاف بخلاف النوع الاول على قول أبى حنيفة الآخر لان كل جزء
من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالاجرة ثم فى النوع الآخر اذا أراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من
العمل لاستيفاء الاجرة هل له ذلك ينظر ان كان لعمله أثر ظاهر فى العين كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف
له ذلك لان ذلك الاثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطا مقصورا وانما العمل يحصل ذلك الاثر عادة
والبدل يقابل ذلك الاثر فكان كالمبيع فكان له أن يحبسه لاستيفاء الاجرة كالمبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفاء
الثمن اذا لم يكن الثمن مؤجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند
أبى حنيفة لا يجب وعندهما يجب لانه يجب قبل الحبس عندهما فبعد الحبس أولى والمسئلة تأتى فى موضعها ان شاء
الله تعالى وان لم يكن لعمله أثر ظاهر فى العين كالحمال والملاح والمكارى ليس له أن يحبس العين لان ما لا أثر له فى العين
فالبدل انما يقابل نفس العمل الا أن العمل كله كشئ واحد اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما فرغ حصل فى يد
المستاجر فلا يملك حبسه عنه بعد طلبه كاليد المودعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك
قبل التسليم لا تسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع فى العمل حصل مسلما الى المستأجر لحصوله فى يده فتقررت عليه
الاجرة فلا تحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار غاصبا بالحبس ونص محمد على الغصب
فقال فان حبس الحمال المتاع فى يده فهو غاصب ووجهه ما ذكرنا ان العين كانت أمانة فى يده فاذا حبسها بدينه فقد
صار غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذى ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما الى المستأجر الا بعد الفراغ
منه حتى لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ اذا كان المعمول فيه فى يد الاجير فان كان فى يد المستأجر فقدر
ما أوقعه من العمل فيه يصير مسلما الى المستأجر قبل الفراغ منه حتى يملك المطالبة بقدره من المدة بان استأجر رجلا
ليبنى له بناء فى ملكه أو فيما فى يده بان استأجره ليبنى له بناء فى داره أو يعمل له ساباطا أو جناحا أو يحفر له بئرا أو قناة

او

أونهر أوما أشبه ذلك فى ملكه أو فيما فى يده فعمل بعضه فله أن يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يجبر على الباقى حتى لو انهدم البناء أو انهارت البئر أو وقع فيها الماء والتراب وسواها مع الارض أو سقط الساباط فله أجر ما عمله بحصته لانه اذا كان فى ملك المستأجر أو فى يده فكلما عمل شيأ حصل فى يده قبل هلاكه وصار مسلما اليه فلا يسقط بدله بالهلاك ولو كان غير ذلك فى غير ملكه و يده ليس له أن يطلب شيأ من الاجرة قبل الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتى لو هلك قبل التسليم لا يجب شىء من الاجرة لانه اذا لم يكن فى ملكه ولا فى يده توقف وجوب الاجرة فيه على الفراغ والتمام وقال الحسن بن زياد اذا أراه موضعا من الصحراء يحفر فيه بئرا فهو بمنزلة ما هو فى ملكه و يده وقال فى آخر الكلام وهذا قياس قول أبى حنيفة وقال محمد لا يكون قابضا الا بالتخلية وان أراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين لم يصر فى يده فلا يصير عمل الاجير فيه مسلما له وان كان ذلك فى غير ملك المستأجر و يده فعمل الاجير بعضه والمستأجر قريب من العامل فخلى الاجير بينه و بينه فقال المستأجر لا أقبضه منك حتى يفرغ فله ذلك لان قدر ما عمل لم يصر مسلما اذا لم يكن فى ملك المستأجر ولا فى يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان للمستاجر أن يمتنع من التسليم حتى يتمه ولو استأجر انسانا ليضرب له لبنا فى ملكه أو فيما فى يده لا يستحق الاجرة حتى يجف اللبن و ينصبه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد حتى يجف أو ينصبه و يشرجه ولا خلاف فى انه اذا ضربه ولم يقمه انه لا يستحق الاجرة لانه ما لم يقلبه عن مكانه فهو أرض فلا يتناوله اسم اللبن والخلاف بينهم يرجع الى أنه هل يصير قابضا له بالاقامة أولا يصير الا بالتشريج فعلى قول أبى حنيفة يصير قابضا له بنفس الاقامة لان نفس الاقامة من تمام هذا العمل فيصير اللبن مسلما اليه بها وعلى قولهما لا يصير قابضا ما لم يشرج لان تمام العمل به حتى لو هلك قبل النصب فى قول أبى حنيفة وقبل التشريج فى قولهما فلا أجر له لانه هلك قبل تمام العمل على اختلاف الاصلين ولو هلك بعده فله الاجر لان العمل قد تم فصار مسلما اليه لكونه فى ملكه أو فى يده فهلاكه بعد ذلك لا يسقط البدل وجه قولهما ان الامن عن الفساد يقع بالتشريج ولهذا جرت العادة بين الناس ان اللبان هو الذى يشرج ليؤمن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل كاخراج الخبز من التنور ولابى حنيفة ان المستأجر له ضرب اللبن ولما جف ونصبه فقد وجد ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو فى يده أو فى ملكه فصار قابضا له فاما التشريج فعمل زائد لم يلزمه العامل بمنزلة النقل من مكان الى مكان فلا يلزمه ذلك وان كان ذلك فى غير ملكه و يده لم يستحق الاجرة حتى يسلمه وهو أن يخلى الاجير بين اللبن و بين المستأجر لكن ذلك بعد ما نصبه عند أبى حنيفة وعندهما بعد ما شرجه وروى ابن سماعة عن محمد فى رجل استأجر خبازا ليخبز له قفيزا من دقيق بدرهم فخبزه فاحترق الخبز فى التنور قبل أن يخرجه أو ألزقه فى التنور ثم أخذه ليخرجه فوقع من يده فى التنور فاحترق فلا أجرة له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز لا يتم الا بالاخراج من التنور فلم يكن قبل الاخراج خبزا فصار كهلاك اللبن قبل أن يتمه قال ولو أخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز فى منزل المستأجر فاحترق من غير جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة أما استحقاق الاجر فلانه فرغ من العمل باخراج الخبز من التنور وحصل مسلما الى المستأجر لكونه فى ملك المستأجر وأما عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غير صنع الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده وأما على قول من يضمن الاجير المشترك فانه ضامن له دقيقا مثل الدقيق الذى دفعه اليه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا وأعطاه الاجر لان قبض الاجير قبض مضمون عندهما فلا يبرأ عن الضمان بوضعه فى منزل مالكه وانما يبرأ بالتسليم كالغاصب اذا وجب الضمان عليه عندهما فصاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا وأسقط الاجر لانه لم يسلم اليه العمل وان شاء ضمنه خبزا فصار العمل مسلما اليه فوجب الاجر عليه قال ولا أضمنه القصب ولا الملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة له لان القصب صار رمادا والملح صار ماء وكذلك الخياط الذى يخيطه فى منزله قميصا فان خاط له بعضه لم يكن له أجرة لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعضه فلا تلزم الاجرة

الا بتمامه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة فى قول أبى حنيفة لان العمل حصل مسلما اليه لحصوله فى ملكه وأما على
قولهما فالعين مضمونة فلا يبرأ عن ضمانها الا بتسليمها الى مالكها فان هلك الثوب فان شاء ضمنه قيمته صحيحا ولا
أجر له وان شاء ضمنه قيمته مخيطا وله الاجر لما بينا ولو استاجر حمالا ليحمل له دنا من السوق الى منزله فحمله حتى اذا
بلغ باب درب الذى استاجره كسره انسان فلا ضمان على الحامل فى قول أبى حنيفة وله الاجر وهو على ما ذكرنا ان
العمل اذا لم يكن له أثر ظاهر فى العين كما وقع يحصل مسلما الى المستاجر وذكر ابن سماعة عن محمد فى رجل دفع ثوبا الى
خياط يخيطه بدرهم فقضى فخاطه ثم جاء رجل ففتقه قبل أن يقبضه رب الثوب فلا أجر للخياط لان المنافع هلكت
قبل التسليم فسقط بدلها قال ولا أجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لما فرغ من العمل فقد انتهى العقد فلا يلزمه
العمل ثانيا وان كان الخياط هو الذى فتق الثوب عليه أن يعيده لانه لما فتقه فقد فسخ المنافع التى عملها فكانه لم يعمل
رأسا واذا فتقه الاجنبى فقد أتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان وقالوا فى الملاح اذا حمل الطعام الى موضع فرد
السفينة انسان فلا أجر للملاح وليس عليه أن يعيد السفينة فان كان الملاح هو الذى ردها لزمه اعادة الحمل الى الموضع
الذى شرط عليه لما قلنا وان كان الموضع الذى رجعت اليه السفينة لا يقدر رب الطعام على قبضه فعلى الملاح أن
يسلمه فى موضع يقدر رب الطعام على قبضه ويكون له أجر مثله فيما سار فى هذا المسير لانا لو جوزنا للملاح تسليمه فى
مكان لا ينتفع به لتلف المال على صاحبه ولو كلفناه حمله بالاجر الى أقرب المواضع التى يمكن القبض فيه نفذ راعينا
الحقين قالوا ولو اكترى بغلا الى موضع يركبه فلما سار الى بعض الطريق جمح به فرده الى موضعه الذى خرج منه
فعليه الكراء بقدر ما سار لانه استوفى ذلك القدر من المنافع فلا يسقط عنه الضمان وقال فى الجامع الصغير عن أبى
حنيفة فى رجل استأجر رجلا يذهب الى البصرة فيجىء بعياله فذهب فوجد فلانا قد مات فجاء بمن بقى قال له من
الاجر بحسابه وعن أبى حنيفة فى رجل استأجر رجلا يذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجىء بجوابه فذهب
فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب فلا أجر له وهو قول أبى يوسف وقال محمد له الاجر فى الذهاب أما فى المسئلة الاولى
فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم دون بعض كان له من الاجر بحساب ما حمل وأما فى الثانية فوجه قول
محمد ان الاجر مقابل بقطع المسافة لا بحمل الكتاب لانه لا حمل له ولا مؤنة وقطع المسافة فى الذهاب وقع على الوجه
المأمور به فيستحق حصته من الاجر وفى العود لم يقع على الوجه المأمور به فلا يجب به شىء ولهما أن المقصود من
حمل الكتاب ايصاله الى فلان ولم يوجد فلا يجب شىء على أن المقصود وان كان نقل الكتاب لكنه اذا رده فقد
نقض تلك المنافع فبطل الاجر كما لو استأجره ليحمل طعاما الى البصرة الى فلان فحمله فوجده قد مات فرده انه لا أجر
له لما قلنا كذا هذا وللمستأجر فى اجارة الدار وغيرها من العقار أن ينتفع بها كيف شاء بالسكنى ووضع المتاع وان
يسكن بنفسه وبغيره وأن يسكن غيره بالاجارة والاعارة الا أنه ليس له أن يجعل فيها حدادا ولا قصارا ونحو ذلك مما
يوهن البناء لما بينا فيما تقدم ولو أجرها المستأجر باكثر من الاجرة الاولى فان كانت الثانية من خلاف جنس الاولى
طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولى لا تطيب له حتى يزيد فى الدار زيادة من بناء أو حفر أو تطيين أو تجصيص
فان لم يزد فيه شيأ فلا خير فى الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة أما جواز الاجارة فلا شك فيه لان الزيادة فى
عقد لا يعتبر فيه المساواة بين البدل والمبدل لا تمنع صحة العقد وههنا كذلك فيصح العقد وأما التصدق بالفضل اذا
كانت الاجرة الثانية من جنس الاولى فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع لا تدخل فى ضمان المستأجر بدليل
انه لو هلك المستأجر فصار بحيث لا يمكن الانتفاع به كان الهلاك على المؤاجر وكذا لو غصبه غاصب فكانت
الزيادة ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك زيادة كان الربح فى مقابلة الزيادة
فيخرج من أن يكون ربحا ولو كنس البيت فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا تطيب به زيادة الاجر وكذا فى اجارة
الدابة اذا زاد فى الدابة جوالق أو لجاما أو ما أشبه ذلك يطيب له الفضل لما بينا فان علفها لا يطيب له لان الاجرة لا يصير

شيء منها مقابلا بالعلف فلا يطيب له الفضل ولو استأجر دابة ليركبها ليس له أن يركب غيره وان فعل ضمن وكذا اذا استأجر ثوبا ليلبسه ليس له أن يلبسه غيره وان فعل ضمن لان الناس متفاوتون في الركوب واللبس فان أعطاه غيره فلبسه ذلك اليوم ضمنه ان أصابه شيء لانه غاصب في الباسه غيره وان لم يصبه شيء فلا أجر له لان المعقود عليه ما يصير مستوفيا بلبسه فما يكون مستوفى بلبس غيره لا يكون معقودا عليه واستيفاء غير المعقود عليه لا يوجب البدل ألا يرى انه لو استأجر ثوبا بعينه ثم غصب منه ثوبا آخر فلبسه لم يلزمه الاجر فكذلك اذا ألبس ذلك الثوب غيره لان تعيين اللابس كتعيين الملبوس فان قيل هو قد تمكن من استيفاء المعقود عليه وذلك لا يكفي لوجوب الاجر عليه كما لو وضعه في بيته ولم يلبسه قلنا تمكنه من الاستيفاء باعتبار يده فاذا وضعه في بيته فيده عليه معتبرة ولهذا لو هلك لم يضمن فاما اذا ألبسه غيره فيده عليه معتبرة حكما ألا يرى انه ضامن وان هلك من غير اللبس فان يد اللابس عليه معتبرة حتى يكون لصاحبه أن يضمن غير اللابس ولا يكون الا بطريق تفويت يده حكما فلهذا لا يلزمه الاجرة وان سلم وان كان استأجره ليلبس يوما الى الليل ولم يسم من يلبسه فالعقد فاسد لجهالة المعقود عليه فان اللبس يختلف باختلاف اللابس وباختلاف الملبوس وكما أن ترك التعيين في الملبوس عند العقد يفسد العقد فكذلك ترك تعيين اللابس وهذه جهالة تفضي الى المنازعة لان صاحب الثوب يطالبه بالباس أرفق الناس في اللبس وصيانة الملبوس وهو يأبى أن يلبس الا أحسن الناس في ذلك ويحتج كل واحد منهما بمطلق التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وان اختصما فيه قبل اللبس فسدت الاجارة وان لبسه هو وأعطاه غيره فلبسه الى الليل فهو جائز وعليه الاجر استحسانا والقياس عليه أجر المثل وكذلك لو استأجر دابة للركوب ولم يبين من يركبها أو للعمل ولم يسم من يعمل عليها فعمل عليها الى الليل فعليه المسمى استحسانا وفي القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد وجه الاستحسان أن المفسد وهو الجهالة التي تفضي الى المنازعة قد زال وبانعدام العلة المفسدة ينعدم الفساد وهذا لان الجهالة في المعقود عليه وعقد الاجارة في حق المعقود عليه كالمضاف وانما يتجدد انعقادها عند الاستيفاء ولا جهالة عند ذلك ووجوب الاجر عند ذلك أيضا فلهذا أوجبنا المسمى وجعلنا التعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء ولا ضمان عليه ان ضاع منه لانه غير مخالف سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف الاول فقد عين هناك لبسه عند العقد فيصير مخالفا بالباس غيره واذا استأجر قميصا ليلبسه يوما الى الليل فوضعه في منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس في وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضي المدة والاذن في اللبس كان بحكم العقد ولو استأجر دابة ليركبها أو ثوبا ليلبسه لا يجوز له أن يؤاجر غيره للركوب واللبس لما قلنا ولو باع المؤاجر الدار المستأجرة بعد ما أجرها من غير عذر ذكر في الاصل أن البيع لا يجوز وذكر في بعض المواضع أن البيع موقوف وذكر في بعضها أن البيع باطل والتوفيق ممكن لان في معنى قوله لا يجوز أي لا ينفذ وهذا لا يمنع التوقف وقوله باطل أي ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التوقف والصحيح انه جائز في حق البائع والمشتري موقوف في حق المستأجر حتى اذا انقضت المدة يلزم المشتري البيع وليس له أن يمتنع من الاخذ وليس للبائع أن يأخذ المبيع من يد المستأجر من غير اجازة البيع فان أجاز جاز وان أبى فللمشتري أن يفسخ البيع ومتى فسخ لا يعود جائزا بعد انقضاء مدة الاجارة وهل يملك المستاجر فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ حتى لو فسخ لا ينفسخ حتى اذا مضت مدة الاجارة كان للمشتري أن يأخذ الدار وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن له أن ينقض البيع واذا نقضه لا يعود جائزا وروى عن أبي يوسف أنه ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة كالعيب فان كان المشتري عالما بها وقت الشراء وقعت الاجارة لازمة وان لم يكن عالما بها وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقض البيع لاجل العيب وهو الاجارة وان شاء أمضاه وهذا كله مذهب أصحابنا وقال الشافعي البيع نافذ من غير اجازة المستأجر وجه قوله ان البيع صادف

محله لان الرقبة ملك المؤاجر وانما حق المستأجر فى المنفعة ومحل البيع العين ولا حق المستأجر فيها ولنا ان البائع
غير قادر على تسليمه لتعلق حق المستأجر به وحق الانسان يجب صيانته عن الابطال ما أمكن وأمكن ههنا بالتوقف
فى حقه فقلنا بالجواز فى حق المشترى و بالتوقف فى حق المستأجر صيانة للحقين ومراعاة للجانبين وعلى هذا اذا
أجر داره ثم أقر بها لانسان ان اقراره ينفذ فى حق نفسه ولا ينفذ فى حق المستأجر بل يتوقف الى أن تمضى مدة
الاجارة فاذا امضت نفذ الاقرار فى حقه أيضا فيقضى بالدار للمقر له وهذا بخلاف ما اذا أجر داره من انسان ثم أجر من
غيره ان الاجارة الثانية تكون موقوفة على اجازة المستأجر الاول فان أجازها جازت وان أبطلها بطلت وههنا
ليس للمستأجر أن يبطل البيع و وجه الفرق ان عقد الاجارة يقع على المنفعة اذ هو تمليك المنفعة والمنافع ملك
المستأجر الاول فتجوز باجازته وتبطل بابطاله فاما الاقرار فانما يقع على العين والعين ملك المؤاجر لكن للمستأجر
فيها حق فاذا زال حقه بتقديم المستأجر الاول اذا أجاز الاجارة الثانية حتى نفذت كانت الاجرة له لا لصاحب الدار
وفى البيع يكون الثمن لصاحب الملك و وجه الفرق على نحو ما ذكرنا لان الاجارة وردت على المنفعة وانها ملك
المستأجر الاول فاذا أجاز كان بدلها له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك المؤاجر فكان بدلها له و بالاجارة
لا ينفسخ عقد المستأجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية فاذا امضت فان كانت مدتهما واحدة تنقضى المدتان
جميعا وان كانت مدة الثانية أقل فللاول أن يسكن حتى تتم المدة وكذلك لو رهنها المؤاجر قبل انقضاء مدة
الاجارة ان العقد جائز فيما بينه و بين المرتهن موقوف فى حق المستأجر لتعلق حقه بالمستأجر وله أن يحبس حتى
تنقضى مدته وعلى هذا بيع المرهون من الراهن انه جائز بين البائع والمشترى موقوف فى حق المرتهن وله ان يحبسه
حتى يستوفى ماله فاذا افتكها الراهن يجب عليه تسليم الدار الى المشترى كما فى الاجارة الا ان ههنا اذا أجاز المرتهن
البيع حتى جاء وسلم الدار الى المشترى فالثمن يكون رهنا عند المرتهن قائما مقام الدار لان حق حبس العين كان
ثابتا له ما دامت فى يده و بدل العين قائم مقام العين فثبت له حق حبسه وفرق القدورى بين الرهن والاجارة فقال فى
الرهن للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستأجر ذلك لان حق المستأجر فى المنفعة لا فى العين فكان الفسخ منه
تصرفا فى محل حق الغير فلا يملكه وأما حق المرتهن فتعلق بعين المرهون الا ترى انه يصير به مستوفيا للدين فكان
الفسخ منه تصرفا فى محل حقه فيملك والله عز وجل اعلم وللاجير ان يعمل بنفسه واجرائه اذا لم يشترط عليه فى العقد
ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد يعمل بغيره ولان عمل أجرائه يقع له فيصير كانه
عمل بنفسه الا اذا شرط عليه عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد لان العمال متفاوتون
فى العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص آخر من غير رضا المستأجر كمن استأجر جملا بعينه للحمل لا يجبر على
أخذ غيره ولو استأجر على الحمل ولم يعين جملا كان للمكارى ان يسلم اليه أى جمل شاء كذا ههنا وتطيين الدار
واصلاح ميزابها وما وهى من بنائها على رب الدار دون المستأجر لان الدار ملكه واصلاح الملك على المالك لكن
لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح ملكه وللمستأجر ان يخرج ان لم يعمل المؤاجر ذلك لانه عيب بالمعقود
عليه والمالك لا يجبر على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستأجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استأجر وهى كذلك ورآها
فلا خيار له لانه رضى بالمبيع المعيب واصلاح دلو الماء والبالوعة والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلأ
من فعل المستأجر لما قلنا وقالوا فى المستأجر اذا انقضت مدة الاجارة وفى الدار تراب من كنسه فعليه ان يرفعه لانه
حدث بفعله فصار كتراب وضعه فيها وان امتلأ خلاؤها ومجراها من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث
بفعله فيلزمه نقله كالكناسة والرماد الا انهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة اذ العادة
بين الناس ان ما كان مغيبا فى الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا ذلك على العادة فان أصلح المستأجر شيأ من ذلك

لم يحتسب له بما أنفق لانه أصلح ملك غيره بغير أمره ولا ولاية عليه فكان متبرعا وقبض المستأجر على المؤاجر حتى لو استأجر دابة ليركبها فى حوائجه فى المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بأن يمضى بها اليه وعلى الذى أجرها ان يقبض من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع بالمستأجر لكن هذه المنفعة انما حصلت له بعوض حصل للمؤجر فبقيت العين أمانة فى يده كالوديعة ولهذا لا يلزمه نفقتها فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو أمسكها اياما فهلكت فى يده لم يضمن شيأ سواء طلب منه المؤاجر أم لم يطلب لانه لم يلزمه الرد الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا فى الامساك فلا يضمن كالمودع اذا امتنع عن رد الوديعة الى بيت المودع حتى هلكت وهذا بخلاف المستعار ان رده على المستعير لان نفعه له على الخلوص فكان رده عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقته عليه فكذا مؤنة الرد فان كان استأجرها من موضع مسمى فى المصر ذاهبا وجائيا فان على المستأجر ان يأتى بها الى ذلك الموضع الذى قبضها فيه لا لان الرد واجب عليه بل لاجل المسافة التى تناولها العقد لان عقد الاجارة لا ينتهى الا برده الى ذلك الموضع فان حملها الى منزله فامسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لانه تعدى فى حملها الى غير موضع العقد فان قال المستأجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع الى منزلى فليس على المستأجر ردها الى منزل المؤاجر لانه لما عاد الى منزله فقد انقضت مدة الاجارة فبقيت أمانة فى يده ولم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزم ردها كالوديعة وليس للظئران تأخذ صبيا آخر فترضعه مع الاول فان اخذت صبيا آخر فارضعته مع الاول فقد أساءت وأثمت ان كانت قد أضرت بالصبى ولها الاجر على الاول والآخر (أما) الاثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما أرضعت صبيين فقد أضرت بأحدهما لنقصان اللبن (وأما) استحقاق الاجرة فلان الداخل تحت العقد الارضاع مطلقا وقد وجد وللمسترضع ان يستأجر ظئرا آخر لقوله عز وجل وان أردتم ان تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف نفى الجناح عن المسترضع مطلقا فان أرضعته الأخرى فلها الاجرى أيضا فان استأجرت الظئر ظئرا أخرى فارضعته أو دفعت الصبى الى جاريتها فارضعته فلها الاجر استحسانا والقياس أن لا يكون لها الاجر وجه القياس ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استأجر أجيرا ليعمل بنفسه فأمر غيره فعمل لم يستحق الاجرة فكذا هذا وجه الاستحسان ان ارضاعها قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة بغيره ولان الثانية لما عملت بامر الاولى وقع عملها للاولى فصار كأنها عملت بنفسها هذا اذا أطلق فاما اذا قيد ذلك بنفسها ليس لها ان تسترضع أخرى لان العقد أوجب الارضاع بنفسها فان استأجرت أخرى فارضعته لا تستحق الاجر كما قلنا فى الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع ان يحبس الظئر فى منزله اذا لم يشترط ذلك عليها ولها ان تأخذ الصبى الى منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وليس على الظئر طعام الصبى ودواؤه لان ذلك لم يدخل فى العقد وما ذكره فى الاصل ان على الظئر ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة وقد قالوا فى توابع العقود التى لا ذكر لها فى العقود انها تحمل على عادة كل بلد حتى قالوا فيمن استأجر رجلا يضرب له لبنا ان الزنبيل والملبن على صاحب اللبن وهذا على عادتهم وقالوا فيمن استأجر على حفر قبر ان حثى التراب عليه ان كان أهل تلك البلاد يتعاملون به وتشريج اللبن على اللبان واخراج الخبز من التنور على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا فى الخياط ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك وقالوا فى الدقيق الذى يصلح به الحائك الثوب انه على صاحب الثوب فان كان أهل بلد تعاملوا بخلاف ذلك فهو على ما يتعاملون وقالوا فى الطباخ اذا استأجر فى عرس ان اخراج المرق عليه ولو طبخ قدرا خاصة ففرغ منها فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شئ وهو مبنى على العادة يختلف باختلاف العادة وقالوا فيمن تكارى دابة يحمل عليها حنطة الى منزله فلما انتهى اليه أراد صاحب الحنطة ان يحمل المكارى ذلك فيدخله منزله وأبى المكارى قالوا قال أبو حنيفة عليه ما يفعله الناس و يتعاملون عليه

وان أراد ان يصعد بها الى السطح والغرفة فليس عليه ذلك الا ان يكون اشترطه ولو كان حمالا على ظهره فعليه
ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت الا ان يشترطه واذا تكارى دابة فالاكاف على صاحب الدابة
فاما الحبال والجوالق فعلى ما تعارفه أهل الصنعة وكذلك اللجام وأما السرج فعلى رب الدابة الا ان تكون سنة البلد
بخلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا مسائل ولو التقط رجل لقيطا فاستأجر له ظئرا فالاجرة عليه وهو متطوع
فى ذلك أما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم ذلك فيلزمه وأما كونه متطوعا فيه فلانه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك ايجاب
الدين فى ذمته ورضاعه على بيت المال لان ميراثه لبيت المال وأما الثانى وهو الذى يرجع الى صفة المستأجر
والمستأجر فيه فالكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان صفة المستأجر والمستأجر فيه والثانى فى بيان ما يغير تلك
الصفة أما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف فى ان المستأجر أمانة فى يد المستأجر كالدار والدابة وعبد الخدمة
ونحو ذلك حتى لو هلك فى يده بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض مأذون فيه فلا يكون مضمونا كقبض
الوديعة والعارية وسواء كانت الاجارة صحيحة أو فاسدة لما قلنا وأما المستأجر فيه كثوب القصارة والصباغة والخياطة
والمتاع المحمول فى السفينة أو على الدابة أو على الجمال ونحو ذلك فالاجير لا يخلو اما ان كان مشتركا أو خاصا وهو المسمى
أجير الوحد فان كان مشتركا فهو أمانة فى يده فى قول أبى حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو أحد قولى الشافعى وقال
أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا الحرق الغالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين ولو احترق بيت الاجير
المشترك بسراج يضمن الاجير كذا روى عن محمد لان هذا ليس بحريق غالب وهو الذى يقدر على استدراكه لو علم
به لانه لو علم به لاطفأه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان ثم ان هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولا أجر له
وان هلك بعد العمل فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته معمولا وأعطاه الاجر بحسابه وان شاء ضمنه قيمته غير
معمول ولا أجر له واحتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما أخذت حتى ترده وقد عجز
عن رد عينه بالهلاك فيجب رد قيمته قائما مقامه وروى ان عمر رضى الله عنه كان يضمن الاجير المشترك احتياطا
لاموال الناس وهو المعنى فى المسئلة وهو ان هؤلاء الاجراء الذين يسلم المال اليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو
علموا انهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس لانهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد فى الحرق
الغالب والغرق الغالب والسرق الغالب ولابى حنيفة ان الاصل ان لا يجب الضمان الا على المتعدى لقوله عز وجل
ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدى من الاجير لانه مأذون فى القبض والهلاك ليس من صنعه فلا يجب
الضمان عليه ولهذا لا يجب الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد فى باب الاجارة لا يجب على
المستأجر فكان المراد منه الاعارة والغصب وفعل عمر رضى الله عنه يحتمل انه كان فى بعض الاجراء وهو المتهم بالخيانة
وبه نقول ثم عندهما انما يجب الضمان على الاجير اذا هلك فى يده لان العين انما تدخل فى الضمان عندهما بالقبض
كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب المتاع معه راكبا فى السفينة أو راكبا على الدابة
التى عليها الحمل فعطب الحمل من غير صنع الاجير لا ضمان عليه لان المتاع فى يد صاحبه وكذلك اذا كان صاحب المتاع
والمكارى راكبين على الدابة أو سائقين أو قائدين لان المتاع فى أيديهما فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد
وروى بشر عن أبى يوسف انه ان سرق المتاع من رأس الحمال وصاحب المتاع يمشى معه لا ضمان عليه لان المتاع
لم يصر فى يده حيث لم يخل صاحب المتاع بينه وبين المتاع وقالوا فى الطعام اذا كان فى سفينتين وصاحبه فى احداهما
وهما مقرونتان أو غير مقرونتين الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من يده لانه هلك فى
يد صاحبه وكذلك القطار اذا كان عليه حمولة ورب الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمال لان المتاع فى يد صاحبه لانه
هو الحافظ له وروى ابن سماعة عن أبى يوسف فى رجل استأجر حمالا ليحمل عليه زقا من سمن فحمله صاحب الزق
والحمال جميعا ليضعاه على رأس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه قال أبو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى

الحمال

الحمال بل هو فى يده قال وان حمله الى بيت صاحبه ثم أنزله الحمال من رأسه وصاحب الزق فوقع من أيديهما فالحمال ضامن وهو قول محمد الاول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابى يوسف ان المحمول داخل فى ضمان الحمالة بثبوت يده عليه فلا يبرأ الا بالتسليم الى صاحبه فاذا أخطأ جميعا فيد الحمال لم تزل فلا يزول الضمان ولمحمد ان الشىء قد وصل الى صاحبه بانزاله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملاه ابتداء الى رأس الحمال فهلك وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه أو دفع سيفا الى صيقل يصقله باجر ودفع الجفن معه فضاعا قال محمد يضمن المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغنى عن الغلاف والسيف لا يستغنى عن الجفن فصارا كشىء واحد قال فان أعطاه مصحفا يعمل له غلافا أو سكينا يعمل له نصالا فضاع المصحف أو ضاع السكين لم يضمن لانه لم يستأجره على ان يعمل فيهما بل فى غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الاجير رددت وأنكر صاحبه فالقول قول الاجير فى قول أبى حنيفة لانه أمين عنده فى القبض والقول قول الامين مع اليمين ولكن لا يصدق فى دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل فى ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير خاصا فما فى يده يكون أمانة فى قولهم جميعا حتى لو هلك فى يده بغير صنعه لا يضمن أما على أصل أبى حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان لان القبض حصل باذن المالك وأما على أصلهما فلان وجوب الضمان فى الاجير المشترك ثبت استحسانا صيانة لاموال الناس ولا حاجة الى ذلك فى الاجير الخاص لان الغالب انه يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله عز وجل أعلم وأما الثانى وهو بيان ما يغيره من صفة الامانة الى الضمان فالمغير له أشياء منها ترك الحفظ لان الاجير لما قبض المستأجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب الضمان كالمودع اذا ترك حفظ الوديعة حتى ضاعت على ما نذكره فى كتاب الوديعة ان شاء الله تعالى ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الاجير متعديا فيه بان تعمد ذلك أو عنف فى الدق سواء كان مشتركا أو خاصا وان لم يكن متعديا فى الافساد بان أفسد الثوب خطأ بعمله من غير قصده فان كان الاجير خاصا لم يضمن بالاجماع وان كان مشتركا كالقصار اذا دق الثوب فتخرق أو ألقاه فى النورة فاحترق أو الملاح غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فانه يضمن فى قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو أحد قولى الشافعى وجه قول زفر ان الفساد حصل بعمل مأذون فيه فلا يجب الضمان كالاجير الخاص والمعين والدليل على انه حصل بعمل مأذون فيه انه حصل بالدق والدق مأذون فيه ولئن لم يكن مأذونا فيه لكن لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد لانه ليس فى وسعه الدق المصلح فاشبه الحجام والبزاغ ولئن كان ذلك فى وسعه لكنه لا يمكنه تحصيله الا بحرج والحرج منفى فكان ملحقا بما ليس فى الوسع ولنا ان المأذون فيه الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضى بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة بمقابلة ذلك فيتقيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد ممنوع بل فى وسعه ذلك بالاجتهاد فى ذلك وهو بذل المجهود فى النظر فى آلة الدق ومحله وارسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله مع الحذاقة فى العمل والمهارة فى الصنعة وعند مراعاة هذه الشرائط لا يحصل الفساد فلما حصل دل انه قصر كما نقول فى الاجتهاد فى امور الدين الا أن الخطأ فى حقوق العباد ليس بعذر حتى يؤاخذ الخاطئ والناسى بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد الا بحرج مسلم لكن الحرج انما يؤثر فى حقوق الله عز وجل بالاسقاط لا فى حقوق العباد وبهذا فارق الحجام والبزاغ لان السلامة والسراية هناك مبنية على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن فى وسعه الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة وأما الاجير الخاص فبناك وان وقع عمله افسادا حقيقة الا أن عمله يلتحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق الاجرة بعمله بل بتسليم نفسه اليه فى المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الحمال اذا زلقت رجله فى الطريق أو عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتى فسد لم يضمن بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعنى الحرق الغالب والغرق الغالب ولو كان الحمال هو الذى زاحم الناس

حتى انكسر يضمن عند أصحابنا الثلاثة وكذلك الراعي المشترك اذا ساق الدواب على السرعة فازدحمن على القنطرة أو على الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الماء فعطب فعلى هذا الخلاف ولو تلفت دابة بسوقه أو ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا أو ضرب ضربا معتادا فعطبت فهو على الاختلاف وان ساق أو ضرب سوقا وضربا بخلاف العادة يضمن بلا خلاف لان ذلك اتلاف على طريق التعدي ثم اذا تخرق الثوب من عمل الاجير حتى ضمن لا يستحق الاجرة لانه ما أوفى المنفعة بل المضرة لان ايفاء المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفي الحمال اذا وجب ضمان المتاع المحمول فصاحبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه وان شاء في الموضع الذي فسد أو هلك وأعطاه الاجر الى ذلك الموضع وروى عن أبي حنيفة انه لا خيار له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد أو هلك أما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن تعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له فيما يروى عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد ههنا سببان لوجوب الضمان احدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من اسباب وجوب الضمان فثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني انه لما لم يوجد منه ايفاء المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضي بتفريقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير ولو كان المستأجر على حمله عبيدا صغارا أو كبارا فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه ولا قوده ولا يضمن بنو آدم من وجه الاجارة ولا يشبه هذا المتاع لان ضمان بني آدم ضمان جناية وضمان الجناية لا يجب بالعقد دلت هذه المسئلة على أن ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالافساد والاتلاف لان ذلك يستوي فيه المتاع والآدمي وان وجوب الضمان فيه بالخلاف لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن أبي يوسف في القصار اذا استعان بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق ولا يدري من أي الدق تخرق وقد كان صحيحا قبل أن يدقاه قال على القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد ان الضمان كله على القصار حتى يعلم انه تخرق من دق صاحبه أو من دقهما فمحمد مر على أصلهما ان الثوب دخل في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج عن ضمانه الا بيقين مثله وهو أن يعلم ان التخرق حصل بفعل غيره ولأبي يوسف ان الفساد احتمل أن يكون من فعل القصار واحتمل انه من فعل صاحب الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فلزم اعتبار الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الاجير المشترك اذا وطئ ثوبا من القصارة فخرقه يضمن لان وطء الثوب غير مأذون فيه ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ ولا ضمان على التلميذ لان الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله الى الاستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق الغلام فانقلب الكودين من غير يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ لان هذا من عمل القصارة فكان مضافا الى الاستاذ فان كان ثوبا وديعة عند الاستاذ فالضمان على الغلام لان عمله انما يضاف الى الاستاذ فيما يملك تسليطه عليه واستعماله فيه وهو انما يملك ذلك في ثياب القصارة لا في ثوب الوديعة فبقي مضافا اليه فيجب عليه الضمان كالاجنبي وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فاحرقه فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في الاصل لو ان رجلا دعى قوما الى منزله فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على وسادة لانه مأذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة فما تولد منه لا يكون مضمونا ولو وطؤا آنية من الاواني ضمنوا لان هذا مما لا يؤذن في وطئه فكذلك اذا وطؤا ثوبا لا يبسط مثله ولو قلبوا اناء بايديهم فانكسر لم يضمنوا لان ذلك عمل مأذون فيه ولو كان رجل منهم متقلدا سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن لانه مأذون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته فلا ضمان

على القصار والضمان على سائق الحمولة لان الجناية من السائق لان المشى فى الطريق مقيد بالسلامة فكان التلف مضافا اليه فكان الضمان عليه ولو تكارى رجل دابة ليركبها فضربها فعطبت أو كبحها باللجام فعطبها ذلك فانه ضامن الا أن يأذن له صاحب الدابة فى ذلك عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نستحسن ان لا نضمنه اذا لم يتعد فى الضرب المعتاد والكبح المعتاد وجه قولهما ان ضرب الدابة وكبحها معتاد متعارف والمعتاد كالمشروط ولو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا ولابى حنيفة ان كل واحد منهما من الضرب والكبح مأذون فيه لان العقد لا يوجب الاذن بذلك لامكان استيفاء المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من اجنبى على انا ان سلمنا أنه مأذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه مع كونه مخيرا فيه فاشبه ضربه زوجته ودعوى العرف فى غير الدابة المملوكة ممنوعة على أن كونه مأذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان بشرط السلامة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب الضمان اذا وقع غصبا لان الغصب سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه أن الخلاف قد يكون فى الجنس وقد يكون فى القدر وقد يكون فى الصفة وقد يكون فى المكان وقد يكون فى الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون فى استئجار الدواب وقد يكون فى استئجار الصناع كالخائط والصباغ والخياط خلا المكان اما استئجار الدواب فالمعتبر فى الخلاف فيه فى الجنس والقدر والصفة فى استئجار الدواب ضرر الدابة فان كان الخلاف فيه فى الجنس ينظر ان كان ضرر الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف فيه من جهة الخفة والثقل فان كان الضرر فى الثانى أكثر يضمن كل القيمة اذا عطبت الدابة لانه يصير غاصبا لكلها وان كان الضرر فى الثانى مثل الضرر فى الاول أو أقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشئ اذن بما هو مثله أو دونه فكان مأذونا بالانتفاع به من هذه الجهة دلالة فلا يضمن وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه آخر لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان الخلاف فى القدر والضرر فيه من حيث الخفة والثقل يعتبر الخلاف فى ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق بذلك القدر وان كان الضرر فيه من جهة أخرى تعتبر تلك الجهة فى الضمان لا الخفة والثقل وان كان الخلاف فى الصفة وضرر الدابة ينشأ منها يعتبر الخلاف فيها ويبنى الضمان عليها وبيان هذه الجملة فى مسائل اذا استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعير فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة أثقل من الشعير وليس من جنسه فلم يكن مأذونا فيه أصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته غاصبا ولا أجرة على الغاصب على أصلنا ولان المضمونات تملك على أصل أصحابنا وذا يمنع وجوب الاجرة عليه ولو استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها فعطبت لا يضمن وكذلك من استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان فى الضرر بالارض وكذلك ان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير وكذا اذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا آخر ضرره أقل من ضرر المسمى وهذا كله استحسان وهو قول أصحابنا الثلاثة والقياس أن يضمن وهو قول زفر لان الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب ولنا أن الخلاف الى مثله أو الى ما هو دونه فى الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثانى اذا كان مثله فى الضرر كان الرضا بالاول رضا بالثانى واذا كان دونه فى الضرر فاذا رضى بالاول كان بالثانى أرضى فصار كما لو استأجرها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان فى الكيل أو ليحمل عليها عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا كذا هذا ولو استأجرها ليحمل عليها عشرة أقفزة حنطة فحمل عليها أحد عشر فان سلمت فعليه ما سمى من الاجرة ولا ضمان عليه وان عطبت ضمن جزأ من أحد عشر جزأ من قيمة الدابة وهو قول عامة العلماء وقال زفر وابن أبى ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف ولنا أن تلف الدابة حصل بالثقل والثقل بعضه مأذون فيه وبعضه غير مأذون فيه فيقسم التلف أحد عشر

جزأ فيضمن بقدر ذلك ونظير هذا ما قال أصحابنا فى حائط بين شريكين أثلاثا مال الى الطريق فاشهد على أحدهما دون الآخر فسقط الحائط على رجل فقتله فعلى الذى أشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحائط وثقل الحائط أثلاث كذا هذا وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وانما خالف فى الزيادة وانها استوفيت من غير عقد فلا أجر لها وكذا لو استأجر سفينة ليطرح فيها عشرة أكرار فطرح فيها أحد عشر فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر الزيادة عند عامة العلماء وعند زفر وابن أبى ليلى يضمن قيمة كل السفينة لان التلف حصل بقدر الزيادة فهى علة التلف ألا ترى انه لو لم يزد لما حصل التلف والجواب أن هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل ألا ترى ان الكر الزائد لو انفرد لما حصل به التلف فثبت أن التلف حصل بالكل والبعض مأذون فيه والبعض غير مأذون فيه فما هلك بما هو مأذون فيه لا ضمان عليه فيه وما هلك بما هو غير مأذون فيه ففيه الضمان وصار كمسئلة الحائط ولو استأجر دابة ليحمل عليها مائة رطل من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل من وزنه فعطبت الدابة لا يضمن قيمتها لان ضرر الدابة ههنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع فى موضع واحد فيكون أنكى لظهر الدابة وأعقر لها فلم يكن مأذونا فيه فصار غاصبا فيضمن ولا أجرة عليه لما قلنا وكذلك اذا استأجر ليحملها حنطة فحمل عليها حطبا أو خشبا أو آجرا أو حديدا أو حجارة أو نحو ذلك مما يكون أنكى لظهر الدابة أو أعقر له حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا أجر عليه لما قلنا ولو استأجرها ليركبها فحمل عليها أو استأجرها ليحمل عليها فركبها حتى عطبت ضمن لان الجنس قد اختلف وقد يكون الضرر فى أحدهما أكثر ولو استأجرها ليركبها فاركبها من هو مثله فى الثقل أو أخف منه ضمن لان الخلاف ههنا ليس من جهة الخفة والثقل بل من حيث الحرق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن الركوب يضر بالدابة والثقيل الذى يحسن الركوب لا يضر بها فاذا عطبت علم ان التلف حصل من حرقه بالركوب فضمن ولا أجر عليه لما قلنا ولو استأجر دابة ليركبها بنفسه فاركب معه غيره فعطبت فهو ضامن لنصف قيمتها ولا يعتبر الثقل ههنا لان تلف الدابة ليس من ثقل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلفها بركوبهما بمنزلة تلفها بجراحتهما وركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر غير مأذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحائط بين شريكين أثلاثا أشهد على أحدهما فوقعت منه آجرة فقتلت رجلا فعلى الذى أشهد عليه نصف ديته وان كان نصيبه من الحائط أقل من النصف لان التلف ما حصل بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكثيرة فى حكم الضمان كمن جرح انسانا جراحة وجرحه آخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين كذا ههنا وعليه الاجرة لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو اركاب الغير غير أن الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا اذا كانت الدابة تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لانه أتلفها باركاب غيره ولو استأجر حمارا باكاف فنزعه منه وأسرجه فعطب فلا ضمان عليه لان ضرر السرج أقل من ضرر الاكاف لانه يأخذ من ظهر الدابة أقل مما يأخذ الاكاف ولو استأجر حمارا بسرج فنزع منه السرج وأوكفه فعطب ذكر فى الاصل أنه يضمن قدر ما زاد الاكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر فى الجامع الصغير أنه يضمن كل القيمة فى قول أبى حنيفة وفى قولهما يضمن بحساب الزيادة وجه قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وانما يختلفان بالثقل والخفة لان الاكاف أثقل فيضمن بقدر الثقل كما لو استأجره بسرج فنزعه وأسرجه بسرج آخر أثقل من الاول فعطب أنه يضمن بقدر الزيادة كذا هذا ولابى حنيفة أن الاكاف لا يخالف السرج فى الثقل وانما يخالفه من وجه آخر وهو أنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما يأخذ السرج ولان الدابة التى لم تألف الاكاف يضر بها الاكاف والخلاف اذا لم يكن للثقل يجب به جميع الضمان كما اذا حمل مكان القطن الحديد ونحو ذلك بخلاف ما اذا ابدل السرج بسرج أثقل منه والاكاف باكاف أثقل منه لان التفاوت هناك من ناحية الثقل فيضمن بقدر الزيادة كما فى الزيادة على المقدرات من جنسها على ما مر ولو استأجر حمارا عاريا فاسرجه ثم ركب

فعطب كان ضامنا لان السرج أثقل على الدابة وقيل هذا اذا استأجره ليركبه فى المصر وهو من غرض الناس ممن يركب فى المصر بغير سرج فاما اذا استأجره ليركبه خارج المصر أو هو من ذوى الهيئات لا يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف وكذا ذوالهيئة فكان الاسراج ماذونا فيه دلالة فلا يضمن وان استاجر حمارا بسرج فاسرجه بغيره فان كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه وان كان لا يسرج بمثله الحمر فهو ضامن لان الثانى اذا كان مما يسرج به الحمر لا يتفاوتان فى الضرر فكان الاذن باحدهما اذنا بالآخر دلالة واذا كان مما لا يسرج بمثله الحمر بان كان سرجا كبيرا كسروج البراذين كان ضرره أكثر فكان اتلافا للدابة فيضمن وكذلك ان لم يكن عليه لجام فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام وكذلك ان أبدله لان الحمار لا يتلف باصل اللجام فاذا كان الحمار قد يلجم بمثله أو أبدله بمثله لم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن وأما الخلاف فى المكان فنحو أن يستاجر دابة للركوب أو للحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك المكان وحكمه أنه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر فى ضمانه حتى لو عطب قبل العود الى المكان المأذون فيه يضمن كل القيمة ولو عاد الى المكان المأذون فيه هل يبرأ عن الضمان كان أبو حنيفة أولا يقول يبرأ كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهو قول زفر وعيسى بن أبان من أصحابنا ثم رجع وقال لا يبرأ حتى يسلمها الى صاحبها سليمة وكذلك العارية بخلاف الوديعة وجه قوله الاول ان الشئ أمانة فى يده ألا ترى انه لو هلك فى يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده يد المالك فالهلاك فى يده كالهلاك فى يد المالك فاشبه الوديعة ولهذا لو هلك فى يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق يرجع على المؤاجر كالمودع سواء بخلاف المستعير فانه لا يرجع (وجه) قوله الآخر ان يد المستأجر يد نفسه لانه قبض الشئ لمنفعة نفسه فكانت يده يد نفسه لا يد المؤاجر وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت يده يد نفسه فاذا ضمن بالتعدى لا يبرأ من ضمانه الا برده الى صاحبه لانه لا تكون الاعادة الى المكان المأذون فيه ردا الى يد نائب المالك فلا يبرأ من الضمان بخلاف الوديعة لان يد المودع يد المالك لا يد نفسه ألا ترى انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود الى الوفاق ردا الى يد نائب المالك فكان ردا الى المالك معنى فهو الفرق وأما الرجوع على المؤاجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد المؤاجر بل لانه صار مغرورا من جهته كالمشترى اذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البائع بسبب الغرور كذا هذا ولو استأجرها ليركبها الى مكان عينه فركبها الى مكان آخر يضمن اذا هلكت وان كان الثانى أقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذى عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم تهلك و بلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر ولو استأجرها ليركبها أو ليحمل عليها الى مكان معلوم فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيأ فعليه الاجر لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها الى المكان المعلوم فصار كما لو استأجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح اليه فلم يسكن حتى مضت المدة انه يجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أمسك الدابة فى الموضع الذى استاجرها ولم يذهب بها الى الموضع الذى استأجرها اليه فان أمسكها على قدر ما يمسك الناس الى أن يرتحل فهلك فلا ضمان عليه لان حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فكان مأذونا فيه دلالة وان حبس مقدار ما لا يحبس الناس مثله يومين أو ثلاثة فعطب يضمن لانه خالف فى المكان بالامساك الخارج عن العادة فصار غاصبا فيضمن اذا هلك ولا أجرة عليه لما قلنا وان لم تهلك فأمسكها فى بيته فلا أجر عليه لما مر ان الاجر بمقابلة تسليم الدابة فى جميع الطريق ولم يوجد بخلاف ما اذا استأجرها عشرة أيام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر ان عليه الاجرة ويسع لصاحبها أن يأخذ الكراء وان كان يعلم انه لم يركبها لان استحقاق الاجرة فى الاجارات على الوقت بالتسليم فى الوقت وقد وجد فتجب الاجرة كما فى اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة على المسافة فان الاستحقاق هناك بالتسليم

فى جميع الطريق ولم يوجد فلا يجب وأما الخلاف فى الزمان فنحو أن يستأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على المدة فعطبت فى يده ضمن لانه صار غاصبا بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة وأما استئجار الصناع من الحائك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف ان كان فى الجنس بأن دفع ثوبا الى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا آخر فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض وسلم الثوب للاجير وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد أما خيار التضمين فلفوات غرضه لان الاغراض تختلف باختلاف الالوان فله أن يضمنه قيمة ثوب أبيض لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فكان له أن يضمنه وان شاء أخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله أن يسقط حقه ولا أجر له لانه لم يأت بما وقع عليه العقد رأسا حيث لم يوف العمل المأذون فيه أصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب اذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه مازاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لانه عين مال قائم بالثوب فلا سبيل الى أخذه مجانا بلا عوض فيأخذه ويعطيه مازاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا من الجانبين كالغاصب وان كان الصبغ مما لا يزيد كالسواد على أصل أبى حنيفة فاختار أخذ الثوب لا يعطيه شيا بل يضمنه نقصان الثوب فى قول أبى حنيفة بناء على أن السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم سائر الالوان ولو استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة مع الزرع جنسان مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا الرطبة تضر بالارض مالا يضرها الزرع فصار بالاشتغال بزراعة الرطبة غاصبا اياها بل متلفا ولا أجر له لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقال هشام عن محمد فى رجل أمر انسانا أن ينقش فى فضة اسمه فنقش اسم غيره انه يضمن الخاتم لانه فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمتلف اياه قال واذا أمر رجلا أن يحمر له بيتا فخضره قال محمد أعطيه مازادت الخضرة فيه ولا أجرة له لانه لم يعمل ما استأجره عليه رأسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق قيمة الصبغ الذى زاد فى البيت للآمر ولو دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى لان القباء والقميص مختلفان فى الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة فصار متلفا الثوب عليه فله أن يضمنه وله أن يأخذه ويعطيه أجر مثله لما قلنا واذا كان الخلاف فى الصفة نحو ان دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى فصبغه بصبغ آخر لكنه من جنس ذلك اللون فصاحب الثوب أن يضمنه قيمته أبيض ويسلم اليه الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به ما سمى أما ثبوت الخيار فلما ذكرنا من الخلاف فى الجنس وانما وجب الاجر ههنا لان الخلاف فى الصفة لا يخرج العمل من أن يكون معقودا عليه فقد أتى بأصل المعقود عليه الا أنه لم يأت بوصفه فمن حيث انه لم يأت بوصفه المأذون فيه لم يجب المسمى ومن حيث انه أتى بالاصل وجب أجر المثل ولا يجاوز به المسمى لان هذا شأن أجر المثل لما نذكر ان شاء الله تعالى وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال ان شاء ضمنه مثل شبهه ويصير الكوز للعامل وان شاء أخذه أعطاه أجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمى لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه باصله وخالف فى وصفه فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع الى حائك غزلا ليحوك له ثوبا صفيقا فحاك له ثوبا رقيقا أو شرط عليه أن يحوك له ثوبا رقيقا فحاكه صفيقا ان صاحب الغزل بالخيار ان شاء ضمنه غزله وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مثل أجر عمله لا يجاوز ما سمى وذكر فى الاصل اذا دفع خفه الى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار ان شاء ضمنه خفه وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله فى عمله وقيمة النعل لا يجاوز به ما سمى وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا وأما ثبوت الخيار اذا أنعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلانه لم يأت بالمأمور به رأسا بل أتى بالمأمور به ابتداء فصار كالغاصب اذا أنعل الخف

المغصوب فكان للمالك أن يضمنه كالغاصب وله أن يأخذ الخف لان ولاية التضمين تثبت لحق المالك فاذا رضي بالاخذ كان له ذلك واذا أخذ أعطاه اجر مثله لانه ماذون في العمل وقد اتى باصل العمل وانما خالف في الصفة فله ان يختاره و يعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل موصوف ولم يأت بالصفة و يعطيه مازاد النعل لانه عين مال قائم للخفاف فصار بمنزلة الصبغ في الثوب وانما جعل الخيار في هذه المسائل الى صاحب الخف والثوب لانه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولى وان كان يفعل بمثله الخفاف فهو جائز وان لم يكن جيدا لان الاذن يتناول ادنى مايقع عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه جيدا فانعله بغير جيد فان شاء ضمنه قيمة الخف وان شاء اخذ الخف واعطاه اجر مثل عمله وقيمة مازاد فيه ولا يجاوز به ماسمى لان الردىء من جنس الجيد و يثبت الخيار لفوات الوصف المشروط وان كان الخلاف في القدر نحو ماذكر محمد في الاصل في رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه له سبعا في أربع فخالف بالزيادة أو بالنقصان فان خالف بالزيادة على الاصل المذكور فان الرجل بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وسلم الثوب وان شاء أخذ الثوب وأعطاه الاجر المسمى أما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل له غرضه لان الزيادة في قدر الذراع توجب نقصانا في الصفقة وهي الصفاقة فيفوت غرضه فيثبت له الخيار وان شاء ضمنه مثل غزله لتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة وان شاء أخذه وأعطاه الاجر الذي سماه لانه أتى باصل العمل الذي هو معقود عليه وانما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لايخرج العمل من أن يكون معقودا عليه كمن اشترى شيأ فوجده معيبا حتى كان له أن يأخذه مع العيب وان كان الخلاف في النقصان ففيه روايتان ذكر في الاصل ان له أن يأخذه و يعطيه من الاجر بحسابه وذكر في رواية أخرى ان عليه أجر المثل وجه هذه الرواية انه لما نقص في القدر فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كانه عمل بحكم اجارة فاسدة ليس فيها أجر مسمى وجه رواية الاصل ان العقد وقع على عمل مقدر ولم يأت بالمقدر فصار كما لو عقد على نقل كر من طعام الى موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه فكذا ههنا وان أوفاه الوصف وهو الصفاقة والذراع وزاد فيه فقد روى هشام عن محمد أن صاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع وان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى ولا يزيد للذراع الزائد شيأ أما ثبوت الخيار فلتغير الصفة اذ الانسان قد يحتاج الى الثوب القصير ولا يحتاج الى الطويل فيثبت له الخيار ولانه اذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل فان أخذه فلا أجر له في الزيادة لانه متطوع فيها حيث عملها بغير اذن صاحب الثوب فكان متبرعا فلا يستحق الاجر عليها وذكر في الاصل اذا أعطى صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم فصبغه بقفيز عصفر وأقر رب الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذ الثوب وأعطاه مازاد العصفر فيه مع الاجر وذكر القدوري ان مشايخنا ذكروا تفصيلا فقالوا ان هذا على وجهين ان كان صبغه أولا بربع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة أرباع القفيز فصاحب الثوب بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه وان شاء أخذه وأعطاه الاجر المسمى ومازاد الثلاثة أرباع القفيز في الثوب لانه لما أفرده بالصبغ المأذون فيه أولا وهو ربع الهاشمي فقد أوفاه المعقود عليه وصار متعديا بالصبغ الثاني كانه غصب ثوبا مصبوغا بالربع ثم صبغه بثلاثة أرباع فيثبت له الخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطاه المسمى لانه سلم له الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمى و يعطيه مازاد الصبغ الثاني فيه لانه عين مال قائمة للصباغ في الثوب وان شاء ضمنه قيمة ثوب مصبوغ بربع القفيز ووجب له الاجر لان الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله في ثوبه لكن يكمل القبض فيه لانه لم يصل الى يده فكان مقبوضا من وجه دون وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله أن يضمنه و يضمن الاجر وان كان صبغه ابتداء بقفيز فله مازاد الصبغ ولا أجر له لانه لم يوف بالعمل المأذون فيه فلم يعمل المعقود عليه فيصير كانه غصب ثوبا وصبغه بعصفر وروى ابن سماعة عن محمد خلاف ذلك وهو ان له أن يأخذ الثوب و يغرم الاجر ومازاد العصفر فيه مجتمعا كان أو متفرقا لان الصبغ لا يتشرب

فى الثوب دفعة واحدة بل شيأ فشيأ فيستوى فيه الاجتماع والافتراق وأما الاجارة الفاسدة وهى التى فاتها شرط من شروط الصحة فحكمها الاصلى هو ثبوت الملك للمؤاجر فى أجر المثل لا فى المسمى بمقابلة استيفاء المنافع المملوكة ملكا فاسدا لان المؤاجر لم يرض باستيفاء المنافع الا ببدل ولا وجه الى ايجاب المسمى لفساد التسمية فيجب أجر المثل ولان الموجب الاصلى فى عقود المعاوضات هو القيمة لان مبناها على المعادلة والقيمة هى العدل الا انها مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها الى المسمى عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب المصير الى الموجب الاصلى وهو أجر المثل ههنا لانه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزاد على المسمى فى عقد فيه تسمية عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يزاد و يجب بالغا ما بلغ بناء على ان المنافع عند أصحابنا الثلاثة غير متقومة شرعا بانفسها وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما قوماها الا بالقدر المسمى فلو وجبت الزيادة على المسمى لوجبت بلا عقد وانها لا تتقوم بلا عقد بخلاف البيع الفاسد فان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته بالغا ما بلغ لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها فوجب كل قيمتها وفى قول زفر وبه أخذ الشافعى هى متقومة بانفسها بمنزلة الاعيان فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالاعيان هذا اذا كان فى العقد تسمية فاما اذا لم يكن فيه تسمية فانه يجب أجر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع لانه اذا لم يكن فيه تسمية الاجر لا يرضى باستيفاء المنافع من غير بدل كان ذلك تمليكا بالقيمة التى هى الموجب الاصلى دلالة فكان تقويما للمنافع باجر المثل اذ هو قيمة المنافع فى الحقيقة ولا يثبت فى هذه الاجارة شئ من الاحكام التى هى من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستأجر له فيه وهى كونه أمانة فى يد المستأجر حتى لو هلك لا يضمن المستأجر لحصول الهلاك فى قبض مأذون فيه من قبل المؤاجر وأما الاجارة الباطلة وهى التى فاتها شرط من شرائط الانعقاد فلا حكم لها رأسا لان ما لا ينعقد فوجوده فى حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما حكم اختلاف العاقدين فى عقد الاجارة فان اختلفا فى مقدار البدل أو المبدل والاجارة وقعت صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفاء المنافع تحالفا لقول النبى صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والاجارة نوع بيع فيتناولها الحديث والرواية الاخرى وهى قوله والسلعة قائمة بعينها يتناول بعض أنواع الاجارة وهو ما اذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيهما واذا ثبت التحالف فى نوع بالحديث ثبت فى الانواع كلها بنتيجة الاجماع لان أحدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل استيفاء المنفعة موافق الاصول لان اليمين فى أصول الشرع على المنكر وكل واحد منهما منكر من وجه ومدع من وجه لان المؤاجر يدعى على المستأجر زيادة الاجرة والمستأجر منكر والمستأجر يدعى على المؤاجر وجوب تسليم المستأجر بما يدعى من الاجرة والمؤاجر ينكر فكان كل واحد منهما منكرا من وجه واليمين وظيفة المنكر فى أصول الشرع ولهذا اجرى التحالف قبل القبض فى بيع العين والتحالف ههنا قبل القبض لانهما اختلفا قبل استيفاء المنفعة ثم ان كان الاختلاف فى قدر البدل يبدأ بيمين المستأجر لانه منكر وجوب الاجرة الزائدة وان كان فى قدر المبدل يبدأ بيمين المؤاجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا تفسخ الاجارة وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لان النكول بذل أو اقرار والبدل والمبدل كل واحد منهما يحتمل البذل والاقرار وأيهما أقام البينة يقضى ببينته لان الدعوى لا تقابل الحجة وان أقاما جميعا البينة فان كان الاختلاف فى البدل فبينة المؤاجر أولى لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الاختلاف فى المبدل فبينة المستأجر أولى لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعى المؤاجر فضلا فيما يستحقه من الاجر وادعى المستأجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال المؤاجر أجرتك هذه الدابة الى القصر بعشرة وقال المستأجر الى الكوفة بخمسة أو قال المؤاجر أجرتك شهرا بعشرة وقال المستأجر شهرين بخمسة فالامر فى التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة على ما ذكرنا ولو أقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد منهما على الفضل الذى يستحقه بعقد الاجارة فيكون الى الكوفة بعشرة وشهرين بعشرة لان

بينة كل واحد منهما تثبت زيادة لان بينة المؤاجر تثبت زيادة الاجر و بينة المستأجر تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحدة منهما على الزيادة التى تثبتها وان كان اختلافهما بعد ما استوفى المستأجر بعض المنفعة بان سكن الدار المستأجرة بعض المدة أو ركب الدابة المستأجرة بعض المسافة ثم اختلفوا فالقول قول المستأجر فيما مضى مع يمينه و يتحالفان وتفسخ الاجارة فيما بقى لان العقد على المنافع ساعة فساعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ فكان كل جزء من أجزاء المنفعة معقودا عليه مبتدأ فكان ما بقى من المدة والمسافة منفردا بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع على قول أبى حنيفة انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد على جملة واحدة وهى العين القائمة للحال وكل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه مبتدأ انما الجملة معقود عليها بعقد واحد فاذا تعذر الفسخ فى قدر الهالك يسقط فى الباقى وان كان اختلافهما بعد مضى وقت الاجارة أو بعد بلوغ المسافة التى استأجر اليها لا يتحالفان فيه والقول قول المستأجر فى مقدار البدل مع يمينه ولا يمين على المؤاجر لان التحالف يثبت الفسخ والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا يثبت التحالف وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف ظاهر لان قيام المبيع فى باب البيع شرط جريان التحالف فى المبيع الهالك والمنافع ههنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف واما محمد فيحتاج الى الفرق بين المبيع الهالك و بين المنافع الهالكة ووجه الفرق له أن المنافع غير متقومة بانفسها على أصلنا وانما تتقوم بالعقد فاذا فسخت الاجارة بالتحالف تبقى المنافع مستوفاة من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الاعيان فانها متقومة بانفسها فاذا فسخ البيع بالتحالف يبقى العقد متقوما بنفسه فى يد المشترى فيجب عليه قيمته وانما كان القول قول المستأجر لانه المستحق عليه والخلاف متى وقع فى الاستحقاق كان القول قول المستحق والله عز وجل أعلم وان كان الاختلاف فى جنس الاجر بان قال المستأجر استأجرت هذه الدابة الى موضع كذا بعشرة دراهم وقال الآخر بدينار فالحكم فى التحالف والنكول واقامة أحدهما البينة ما وصفنا فان أقاما البينة فالبينة بينة المؤاجر لانها تثبت الاجرة حقاله و بينة المستأجر لا تثبت الاجرة حقاله فكانت بينة المؤاجر أولى بالقبول ولو اختلفا فقال المؤاجر أجرتك هذه الدابة الى القصر بدينار وقال المستأجر الى الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهى الى الكوفة بدينار وخمسة دراهم لان الاختلاف الى القصر وقع فى البدل فكانت بينة المؤاجر أولى لما قلنا وثبت الاجارة الى القصر بدينار ثم المستأجر يدعى من القصر الى الكوفة بخمسة لان القصر نصف الطريق والمؤاجر يجحد هذه الاجارة فالبينة المثبتة للاجارة أولى من النافية وقد روى ابن سماعة عن أبى يوسف فى رجل استأجر من رجل دارا سنة فاختلفا فاقام المستأجر البينة انه استأجر احدى عشر شهرا منها بدرهم وشهرا بتسعة وأقام البينة رب الدار انه أجرها بعشرة قال فانى آخذ ببينة رب الدار لانه يدعى فضل أجرة فى أحد عشر شهرا وقد أقام على ذلك بينة فتقبل بينته فاما الشهر الثانى عشر فقد أقر المستأجر للمؤاجر فيه بفضل الاجرة فيما ادعى فان صدقه على ذلك والا سقط الفضل بتكذيبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تقطعه قباء وقال الخياط أمرتنى أن أقطعه قميصا فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله وقال ابن أبى ليلى القول قول الخياط مع يمينه واختلف قول الشافعى فقال فى موضع مثل قولهما وقال فى موضع يتحالفان فاذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول ابن أبى ليلى ان صاحب الثوب أقر بالاذن بالقطع غير انه يدعى زيادة صفة توجب الضمان وتسقط الاجر والخياط ينكر فكان القول قوله ولنا ان الاذن مستفاد من قبل صاحب الثوب فكان القول فى صفة الاذن قوله ولهذا لو وقع الخلاف فى أصل الاذن بالقطع فقال صاحب الثوب لم آذن بالقطع كان القول قوله وكذا اذا قال لم آذن بقطعه قميصا وقد خرج الجواب عن قول ابن أبى ليلى لان المأذون فيه قطع القباء لا مطلق القطع ولا معنى لاحد قولى الشافعى لان التحالف وضع للفسخ ولا يمكن الفسخ ههنا فلا يثبت التحالف لان صاحبه يدعى على الخياط الغصب والخياط يدعى الاجر وذلك مما لا يثبت فيه التحالف وان كان له تضمين الخياط قيمة الثوب لان صاحب

الثوب لما حلف على دعوى الخياط فقد صار الخياط بقطعه الثوب لا على الصفة المأذون فيها متصرفا فى ملك غيره بغير اذنه فصار متلفا الثوب عليه فيضمن قيمته وان شاء رب الثوب أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله أما اختيار أخذ الثوب فلانه أتى باصل المعقود عليه مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا به واعطاؤه أجر المثل لا المسمى لانه لم يأت بالمامور به على الوصف الذى أمر به وطريقة أخرى لبعض مشايخنا أن منفعة القباء والقميص متقاربة لانه يمكن أن ينتفع بالقباء انتفاع القميص بان يسد وسطه وازراره وانما يفوت بعض الاغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب فيستحق الاجرة حتى قالوا لو قطعه سراويل لم تجب له الاجرة لاختلاف منفعة القباء والسراويل فلم يات المعقود عليه رأسا قال القدورى والرواية بخلاف هذا فان هشاما روى أن محمدا قال فى رجل دفع الى رجل شبها ليضرب له طشتا موصوفا فضرب به كوزا ان صاحبه بالخيار ان شاء ضمنه مثل شبهه والكوز للعامل وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز ما سمى ففى السراويل يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة له فقد وافق فى أصل المعقود عليه وخالف فى الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وروى ابن سماعة وبشر عن أبى يوسف فى رجل أمر رجلا ان ينزع له ضرسا متاكلا فنزع ضرسا متاكلا فقال الآمر أمرتك بغير هذا بهذا الاجر وقال المأمور أمرتنى بالذى نزعت فان أبا حنيفة قال فى ذلك القول قول الآمر مع يمينه لما بينا ان الامر يستفاد من قبله خاصة فكان القول فى المامور به قوله وذكر فى الاصل فى رجل دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه أحمر فصبغه أحمر على ما وصف له بالعصفر ثم اختلفا فى الاجر فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة أخذت بينة الصباغ وان لم يقم لهما بينة فانى أنظر الى ما زاد العصفر فى قيمة الثوب فان كان درهما أو أكثر أعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وان كان ما زاد فى الثوب من العصفر أقل من دانقين أعطيته دانقين بعد ان يحلف صاحب الثوب ما صبغته الا بدانقين اما اذا قامت لهما بينة فلان بينة الصباغ تثبت زيادة الاجرة فكانت أولى بالقبول واما اذا لم تقم لهما بينة فلان ما زاد العصفر فى قيمة الثوب اذا كان درهما أو أكثر كان الظاهر شاهدا للصباغ الا انه لا يزاد على درهم لانه رضى بسقوط الزيادة واذا كان ما زاد العصفر دانقين كان الظاهر شاهدا لرب الثوب الا انه لا ينقص من دانقين لانه رضى بذلك وان كان يزيد فى الثوب نصف درهم قال أعطيت الصباغ ذلك بعد ان يحلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا ان الدعوى اذا سقطت للتعارض يحكم الصبغ فوجب قيمة الصبغ وهذا بخلاف القصار مع رب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجرة ولا بينة لهما ان القول قول رب الثوب مع يمينه لانه ليس فى الثوب عين مال قائم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكما فيرجع الى قول صاحب الثوب لان القصار يدعى عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبغ أسود فالقول قول رب الثوب مع يمينه على أصل أبى حنيفة ان السواد نقصان عنده وكذلك كل صبغ ينقص الثوب لانه تعذر القضاء بالدعوى للتعارض ولا سبيل الى الرجوع الى قيمة الصبغ لانه لا قيمة له فيرجع الى قول المستحق عليه ولو اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران فالقول قول رب الثوب فى قولهم جميعا لان الامر يستفاد من قبله ومن هذا النوع ما اذا أمر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا فقال فى الاصل فى رجل دفع غزلا الى حائك ينسجه ثوبا وأمره ان يزيد فى الغزل رطلا من عنده مثل غزله على ان يعطيه ثمن الغزل وأجرة الثوب دراهم مسماة فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحائك قد زدت وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه على عمله لان الصانع يدعى على صاحب الثوب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه على عمله لانه يمين على فعل الغير فان حلف برئ وان نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لان النكول حجة يقضى بها فى هذا الباب فان أقام الصانع بينة قبلت بينته ولو اتفقا ان غزل المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد زائدا على ما دفع اليه زيادة لم يعلم ان مثلها يكون من الدقيق وادعى رب الثوب ان الزيادة من الدقيق فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعى

خلاف الظاهر وان كان الثوب مستهلكا قبل أن يعلم وزنه ولم يقر المستعمل ان فيه ما قال الصانع فالقول قول رب الثوب لان الصانع يدعى عليه الضمان ولا ظاهر ههنا يشهد له فلم يقبل قوله وقال هشام عن محمد فى رجل دفع الى صائغ عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمين قرضا على فصغه قلبا وأجرك درهم فصاغه وجاء به محشوا فاختلفا فقال الصائغ قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيأ قال محمد يتحالفان ثم الصائغ بالخيار ان شاء دفع القلب وأخذ منه أجرة خمسة دوانيق وان شاء دفع اليه عشرة دراهم فضة وأخذ القلب أما التحالف فلأن الصائغ يدعى على صاحب القلب القرض وهو ينكر فيستحلف وصاحب القلب يدعى على الصائغ استحقاق القلب بغير شئ وهو ينكر فيستحلف واذا بطل دعوى الصائغ فى القلب علم ان الوزن عشرة وانما بذل صاحب القلب للصائغ درهما لصياغته اثنى عشر درهما فاذا لم تثبت الزيادة تلزمه للعشرة خمس دوانيق وانما كان للصائغ أن يحبس القلب ويعطى صاحب القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة ثابتة وانه يتضرر ببطلان حقه عليها من غير عوض القرض فلا يجوز استحقاقها من غير رضاه ولا ضرر على صاحب القلب لانه وصل اليه مثل حقه وقال ابن سماعة عن محمد فى رجل دفع الى نداف ثوبا وقطنا يندف عليه وأمره أن يزيد من عنده ما رأى ثم ان صاحب الثوب أتاه وقد ندف على الثوب عشرين استارا من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا من قطن وأمرتك أن تزيد عليه عشرة وتنقص ان رأيت فلم تزد الا خمسة أساتير وقال النداف دفعت الى عشرة وأمرتنى أن أزيد عشرة فزدتها فالقول قول النداف وعلى صاحب الثوب أن يدفع اليه عشرة أساتير من قطن كما ادعى لان صاحب الثوب لا يدعى على النداف مخالفة ما أمره به وانما يدعى انه دفع اليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النداف فى مقداره فتبقى العشرة زيادة فيضمنها صاحب الثوب وان كان صاحب الثوب قال دفعت اليك خمسة عشر وأمرتك أن تزيد عليه خمسة عشر وقال النداف دفعت الى عشرة وأمرتنى أن أزيد عليه عشرة فزدت عليه عشرة فصاحب الثوب فى هذا بالخيار ان شاء صدقه ودفع اليه عشرة أساتير وأخذ ثوبه وان شاء أخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة أساتير قطن وكان الثوب للنداف لان النداف يزعم أنه فعل ما أمره به وصاحب الثوب يدعى الخلاف فكان القول قوله فيما أمر به والقول قول النداف فى مقدار ما قبض وقال بشر عن أبى يوسف فى رجل أعطى رجلا ثوبا ليقطعه قباء محشوا ودفع اليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا على العمل والاجر فان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير ان رب الثوب ان قال ان البطانة ليست بطانتى فالقول فى ذلك قول الخياط مع يمينه البتة ان هذا بطانته ويلزم رب الثوب ويسع رب الثوب أن يأخذ البطانة فيلبسها لان البطانة أمانة فى يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب حل له لبسها وان كانت غيرها فقد رضى الخياط بدفعها اليه بدل بطانته فحل له لبسها وروى بشر وابن سماعة عن أبى يوسف فيمن أعطى حمالا متاعا ليحمله من موضع بأجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعى وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يلزم الآمر الاجر الا أن يصدقه ويأخذه لان المتاع أمانة فى يد الحمال فكان القول قوله ولا يلزم صاحب المتاع لانه لم يعترف باستيفاء المنافع فان صدقه فقد رجع عن قوله فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان فى هذا سواء الا أنه فى النوع الواحد أفحش وأقبح يريد بهذا لو حمله طعاما أو زيتا وقال الاجير هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامى أجود من هذا فان هذا يفحش أن يكون القول فيه قول رب الطعام ويبطل الاجر ويحسن أن يكون القول قول الحمال ويأخذ الاجر ان كان قد حمله فأما اذا كانا نوعين مختلفين بأن جاء بشعير وقال رب الطعام كان طعامى حنطة فلا أجر للحمال حتى يصدقه ويأخذه وانما قال يقبح فى الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب الطعام أن يأخذ الشعير عوضا عن طعامه لان الحمال قد بذل له ذلك فاذا أخذ العوض سلمت له المنفعة فأما فى النوعين فلا يسعه أن يأخذ النوع الآخر الا بالتراضى بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمستأجر فى أصل الاجر كالنساج والقصار والخفاف

والصباغ فقال رب الثوب والخف عملته لى بغير شرط وقال الصانع لا بل عملته بأجرة درهم أو اختلف رب الدار مع المستأجر فقال رب الدار أجرتها منك بدرهم وقال الساكن بل سكنتها عارية فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار فى قول أبى حنيفة مع يمينه ولا أجر عليه وقال أبو يوسف ان كان الرجل حرائفه فعليه الاجر والا فلا وقال محمد ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب للعمل فالقول قول صاحبه وعلى هذا الخلاف اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر لكن الصانع قال انى انما عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك شيأ فلا يستحق شيأ (وجه) قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصابه للعمل وفتحه الدكان لذلك دليل على أنه لا يعمل الا بالاجرة وكذا اذا كان حريفه فكان العقد موجودا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولابى حنيفة ان المنافع على أصلنا لا تتقوم الا بالعقد ولم يوجد أما اذا اتفقا على أنهما لم يشترطا الاجر فظاهر وكذا اذا اختلفا فى الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف للتعارض فلا تجب الاجرة ثم ان كان فى المصنوع عين قائمة للصانع كالصبغ الذى يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل فيه لا يجاوز به درهما والا فلا والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان ما ينتهى به عقد الاجارة فعقد الاجارة ينتهى بأشياء منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال فكان محتملا للاقالة كالبيع ومنها موت من وقع له الاجارة الا لعذر عندنا وعند الشافعى لا تبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه على أصل ذكرناه فى كيفية انعقاد هذا العقد وهو ان الاجارة عندنا تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع شيأ فشيأ واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع فى يد الوارث لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المعدوم فلا يملكها الوارث اذ الوارث انما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته بخلاف بيع العين لان العين ملك قائم بنفسه ملكه المورث الى وقت الموت فجاز أن ينتقل منه الى الوارث لان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها فى يد الوارث لم يعقد عليه رأسا لانها كانت معدومة حال حياة المورث والوارث لم يعقد عليها فلا يثبت الملك فيها للوارث وعند الشافعى منافع المدة تجعل موجودة للحال كأنها أعيان قائمة فأشبه بيع العين والبيع لا يبطل بموت أحد المتبايعين كذا الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا أجر رجلان دارا من رجل ثم مات أحد المؤاجرين ان الاجارة تبطل فى نصيبه عندنا وتبقى فى نصيب الحى على حالها لان هذا شيوع طارئ وانه لا يؤثر فى العقد فى الرواية المشهورة لما بينا فيما تقدم وكذلك لو استأجر رجلان من رجل دارا فمات أحد المستأجرين فان رضى الوارث بالبقاء على العقد ورضى العاقد أيضا جاز ويكون ذلك بمنزلة عقد مبتدأ ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة لان العقد لم يقع له وانما هو عاقد وكذا لو مات الاب أو الوصى لما قلنا وكذا لو مات أبو الصبى فى استئجار الظئر لا تنتقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبى والظئر وهما قائمان ولو مات الظئر انتقضت الاجارة وكذا لو مات الصبى لان كل واحد منهما معقود له والاصل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وانما كان كذلك لان استيفاء العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير موجب العقد لان من وقع له ان كان هو المؤاجر فالعقد يقتضى استيفاء المنافع من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف مقتضى العقد وان كان هو المستأجر فالعقد يقتضى استحقاق الاجرة من ماله ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب العقد بخلاف ما اذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لان العقد منه لا يقع مقتضيا لاستحقاق المنافع ولا لاستحقاق الاجرة من ملكه فبقاء العقد بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك الولى فى الوقف اذا عقد ثم مات لا تنتقض الاجارة لان العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه ولو استأجر دابة الى مكة فمات المؤاجر فى بعض المفازة فله ان يركبها أو يحمل عليها الى مكة أو الى أقرب الاماكن من المصر لان الحكم ببطلان الاجارة ههنا يؤدى الى الضرر بالمستأجر لما فيه من تعريض ماله ونفسه الى التلف فجعل

ذلك عذرا فى بقاء الاجارة وهذا معنى قولهم ان الاجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر وقالوا فيمن اكترى إبلا الى مكة ذاهبا وجائيا فمات الجمال فى بعض الطريق فللمستأجر أن يركبها الى مكة أو يحمل عليها وعليه المسمى لان الحكم بانفساخ الاجارة فى الطريق إلحاق الضرر بالمستأجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه وإلحاق الضرر بالورثة اذا كانوا غيبا لان المنافع تفوت من غير عوض فكان فى استيفاء العقد نظر من الجانبين فاذا وصل الى مكة رفع الامر الى الحاكم لانه لا ضرر عليه فى فسخ الاجارة عند ذلك لانه يقدر على أن يستأجر من جمال آخر ثم ينظر الحاكم فى الاصلح فان رأى بيع الجمال وحفظ الثمن للورثة اصلح فعل ذلك وان رأى امضاء الاجارة الى الكوفة اصلح فعل ذلك لانه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون احد الامرين احوط فيختار ذلك قالوا والافضل اذا كان المستأجر ثقة ان يمضى القاضى الاجارة والافضل اذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستأجر عجل الاجرة سمع القاضى بينته عليها وقضى له من ثمنها لان الاجارة اذا انفسخت فللمستأجر امساك العين حتى يستوفى جميع الاجرة وقام القاضى مقام الغائب فنصب له خصما وسمع عليه البينة ولو مات احد ممن وقع له عقد الاجارة قبل انقضاء المدة وفى الارض المستأجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك فى الارض الى ان يستحصد ويكون على المستأجر او على ورثته ما سمى من الاجر لان فى الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستأجر وفى الابقاء من غير عوض ضررا بالوارث ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بابقاء الزرع الى ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب المسمى استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لان العقد انفسخ حقيقة بالموت وانما بقيناه حكما فاشبه شبهة العقد واستيفاء المنافع بشبهة العقد توجب اجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضاء المدة وجه الاستحسان ان التسمية تناولت هذه المدة فاذا مست الضرورة الى الترك بعوض كان ايجاب العوض المسمى أولى لوقوع التراضى بخلاف الترك بعد انقضاء المدة لان التسمية لم تتناول ما بعد انقضاء المدة فتعذر ايجاب المسمى فوجب اجر المثل ومنها هلاك المستأجر والمستأجر فيه لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن فى بقاء العقد فائدة حتى لو كان المستأجر عبدا او ثوبا او حليا او ظرفا او دابة معينة فهلك او هلك الثوب المستأجر فيه للخياطة او للقصارة بطلت الاجارة لما قلنا وان كانت الاجارة على دواب بغير اعيانها فسلم اليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلى المؤاجر ان يأتيه بغير ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة اذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع فى الذمة وانما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما فى ذمته فاذا هلك بقى ما فى الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا اختلاف اشارة الروايات فى الدار اذا انهدم كلها او انقطع الماء عن الرحى او الشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ او يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى هذا ايضا يخرج موت الظئر ان الاجارة تبطل به لانها مستأجرة ومنها انقضاء المدة الا لعذر لان الثابت الى غاية ينتهى عند وجود الغاية فتنفسخ الاجارة بانتهاء المدة الا اذا كان ثمة عذر بان انقضت المدة وفى الارض زرع لم يستحصد فانه يترك الى أن يستحصد بأجر المثل بخلاف ما اذا انقضت المدة وفى الارض رطبة أو غرس انه يؤمر بالقلع لان فى ترك الزرع الى أن يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فأما الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب اذا زرع الارض المغصوبة انه يؤمر بالقلع ولا يترك الى وقت الحصاد بأجر لان الترك فى الاجارة لدفع الضرر عن المستأجر نظرا له وهو مستحق للنظر لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعد فى الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع ما انه هو الذى أضر بنفسه حيث زرع أراضى غيره بغير حق فكان مضافا اليه ومنها عجز المكاتب بعد ما استأجر شيأ انه يوجب بطلان الاجارة بلا خلاف لان الاجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الاجارة اذ لا سبيل الى ايجابها من مال المولى فان عجز بعد ما استأجر فالاجارة باقية فى قول أبى يوسف وقال محمد تبطل والكلام فيه راجع الى أصل نذكره فى كتاب الهبة فى كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند أبى

يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه فى الحقيقة على عجزه أوعتقه فان عجز ملكه المولى من الاصل وان عتق ملكه المكاتب من الاصل وعند محمد هوملك المكاتب ثم اذا عجز انتقل الى المولى كما ينتقل الملك من الميت الى ورثته بالموت وجه البناء على هذا الاصل ان عند أبى يوسف لما وقع الملك للمولى فى الكسب من حين وجوده صاركان الاجارة وجدت من المولى فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب عند عجزه على أصل محمد صار بمنزلة انتقال الملك من الميت الى وارثه عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الاجارة كذا هذا وأصل هذه المسئلة فى المكاتب اذا وهبت له هبة ثم عجز ان للواهب أن يرجع فى قول أبى يوسف وعند محمد لا يرجع وسنذكره فى كتاب الهبة والله عز وجل أعلم

﴿ تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس أوله كتاب الاستصناع ﴾




( الجزء الرابع من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع )

﴿ تمت ﴾



الجزء الخامس

من

# كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع

( تأليف الامام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب )
( بملك العلماء المتوفي سنة ٥٨٧ هجريه )

الطبعة الاولى

سنة ١٣٢٨ هـ — سنة ١٩١٠ م

( على نفقة سعادة محمد أسعد باشا جابري زاده )
( وفضيلة الحاج مراد أفندي جابري زاده — ومحمد أمين الخانجي الكتبي وشركاه )



طبع بمطبعة الجمالية - بمصر
( الكائنة بحارة الروم بعطفة التتر )
« لأصحابها محمد امين الخانجي وشركاه — واحمد عارف »



بسم الله الرحمن الرحيم

## كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صورة الاستصناع ومعناه والى بيان جوازه والى بيان حكمه والى بيان صفته

(فصل) أما صورة الاستصناع فهى أن يقول انسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لى خفا أو آنية من أديم أو نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم وأما معناه فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هو مواعدة وليس ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشترى فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمدا رحمه الله ذكر فى جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون فى العدات وكذا أثبت فيه خيار الرؤية وأنه يختص بالبياعات وكذا يجرى فيه التقاضى وانما يتقاضى فيه الواجب لا الموعود ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع فى الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع فى الذمة شرط فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو أحضر عينا كان عملها قبل العقد ورضى به المستصنع لجاز ولو كان شرط العمل من نفس العقد لما جاز لان الشرط يقع على عمل فى المستقبل لا فى الماضى والصحيح هو القول الاخير لان الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا فكان مأخذ الاسم دليلا عليه ولان العقد على مبيع فى الذمة يسمى سلما وهذا العقد يسمى استصناعا واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل وأما اذا أتى الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضى به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول بل بعقد آخر وهو التعاطى بتراضيهما

(فصل) وأما جوازه فالقياس أن لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان لا على وجه السلم وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم ويجوز استحسانا لاجماع الناس على ذلك لانهم يعملون

ذلك

ذلك فى سائر الاعصار من غير نكير وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تجتمع أمتى على ضلالة وقال عليه الصلاة والسلام مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ومارآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع ولهذا ترك القياس فى دخول الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الماء الذى يستعمل وفى قطعة الشارب للسقاء من غير بيان قدر المشروب وفى شراء البقل وهذه المحقرات كذا هذا ولان الحاجة تدعو اليه لان الانسان قد يحتاج الى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى أن يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس فى الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لانه ألحق بالموجود لمساس الحاجة اليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ماليس عند الانسان على الاطلاق ولان فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لان السلم عقد على مبيع فى الذمة واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزا

❊ فصل ❊ واما شرائط جوازه (فمنها) بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما بدونه (ومنها) أن يكون مما يجرى فيه التعامل بين الناس من أوانى الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين والقسى والنبل والسلاح كله والطشت والقمقمة ونحو ذلك ولا يجوز فى الثياب لان القياس يأبى جوازه وانما جوازه استحسانا لتعامل الناس ولا تعامل فى الثياب (ومنها) أن لا يكون فيه أجل فان ضرب للاستصناع أجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرائط السلم وهو قبض البدل فى المجلس ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذى شرط عليه فى السلم (وهذا) قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط وهو استصناع على كل حال ضرب فيه اجلا أو لم يضرب ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها اجلا ينقلب سلما فى قولهم جميعا (وجه) قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل فى الاستصناع وانما يقصد به تعجيل العمل لا تأخير المطالبة فلا يخرج به عن كونه استصناعا أو يقال قد يقصد بضرب الاجل تأخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل الاستصناع لان ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه تعجيل العمل فتعين ان يكون لتأخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولابى حنيفة رضى الله عنه انه اذا ضرب فيه أجلا فقد أتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع فى الذمة مؤجلا والعبرة فى العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ ألا ترى ان البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الاجارة وكذا النكاح على أصلنا (ولهذا) صار سلما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا ولان التأجيل يختص بالديون لانه وضع لتأخير المطالبة وتأخير المطالبة انما يكون فى عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين فى الاستصناع ألا ترى ان لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سلما يراعى فيه شرائط السلم فان وجدت صح والا فلا

❊ فصل ❊ وأما حكم الاستصناع فهو ثبوت الملك للمستصنع فى العين المبيعة فى الذمة وثبوت الملك للصانع فى الثمن ملكا غير لازم على ما سنذكره ان شاء الله تعالى

❊ فصل ❊ وأما صفة الاستصناع فهى انه عقد غير لازم قبل العمل فى الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين ان لكل واحد منهما الفسخ لان القياس يقتضى أن لا يجوز لما قلنا وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس فبقى اللزوم على أصل القياس (وأما) بعد الفراغ من العمل قبل أن يراه المستصنع فكذلك حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شاء كذا ذكر فى الاصل لان العقد ما وقع على عين المعمول بل على مثله فى الذمة لما ذكرنا انه لو اشترى من مكان آخر وسلم اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه قبل الرؤية فهو كالبائع اذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال ابو يوسف فاما اذا احضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وللمستصنع الخيار لان

الصانع بائع مالم يره فلا خيار له واما المستصنع فمشترى مالم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المعقود عليه وان كان معدوما حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان ثابتا لهما قبل الاحضار لما ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالاحضار اسقط خيار نفسه فبقى خيار صاحبه على حاله كالبيع الذى فيه شرط الخيار للعاقدين اذا أسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الآخر كذا هذا (هذا) جواب ظاهر الرواية عن ابى حنيفة وابى يوسف ومحمد رضى الله عنهم وروى عن ابى حنيفة رحمه الله ان لكل واحد منهما الخيار وروى عن ابى يوسف انه لا خيار لهما جميعا (وجه) رواية ابى يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجاء بالعمل على الصفة المشروطة فلو كان للمستصنع الامتناع من اخذه لكان فيه اضرار بالصانع بخلاف ما اذا قطع الجلد ولم يعمل فقال المستصنع لا أريد لانا لا ندرى ان العمل يقع على الصفة المشروطة اولا فلم يكن الامتناع منه اضرارا بصاحبه فثبت الخيار (وجه) رواية ابى حنيفة رحمه الله ان فى تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب والصحيح جواب ظاهر الرواية لان فى اثبات الخيار للصانع ماشرع له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لانه متى ثبت الخيار للصانع فكل مافرغ عنه يبيعه من غير المستصنع فلا تندفع حاجة المستصنع وقول ابى يوسف ان الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع مسلم ولكن ضرر المستصنع بابطال الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلائمه وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعذر ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك ولان المستصنع اذا غرم ثمنه ولم تندفع حاجته لم يحصل ماشرع له الاستصناع وهو اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله سبحانه وتعالى الموفق فان سلم الى حداد حديداً ليعمل له اناء معلوما بأجر معلوم اوجلداً الى خفاف ليعمل له خفاً معلوما بأجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه لان هذا ليس باستصناع بل هو استئجار فكان جائزاً فان عمل كما امر استحق الاجر وان افسد فله ان يضمنه حديداً مثله لانه لما افسده فكانه اخذ حديدا له واتخذ منه آنية من غير اذنه والاناء للصانع لان المضمونات تملك بالضمان

## ﴿ كتاب الشفعة ﴾

الكلام فى هذا الكتاب يقع فى مواضع فى بيان سبب ثبوت حق الشفعة وفى بيان شرائط ثبوت حق الشفعة وفى بيان مايتأكد به حق الشفعة ويستقر وفى بيان مايبطل به حق الشفعة بعد ثبوته وفى بيان مايملك به المشفوع فيه وفى بيان طريق التمليك وبيان كيفيته وفى بيان شرط التملك وفى بيان مايتملك به وفى بيان المتملك وفى بيان المتملك منه وفى بيان حكم اختلاف الشفيع والمشترى وفى بيان الحيلة فى ابطال الشفعة وفى بيان انها مكروهة ام لا (اما) سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه فى موضعين احدهما فى بيان ماهية السبب والثانى فى بيان كيفيته (اما) الاول فسبب وجوب الشفعة احد الاشياء الثلاثة الشركة فى ملك المبيع والخلطة وهى الشركة فى حقوق الملك والجوار وان شئت قلت احد الشيئين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة فى ملك المبيع وشركة فى حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند اصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى السبب هو الشركة فى ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار احتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما الشفعة فى مالم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصدر الحديث اثبات الشفعة فى غير المقسوم ونفيها فى المقسوم لان كلمة انما لاثبات المذكور ونفى ماعداه وآخره نفى الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشترى من غير رضاه وعصمة ملكه وكون التملك اضراراً يمنع من ذلك فكان ينبغى ان لا يثبت حق الاخذ اصلا الا انا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقى الامر فى المقسوم على الاصل اوثبت معلولا بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة لكونه ضررا لازما لا يمكن دفعه الا

بالشفعة

بالشفعة فأما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن الدفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه بالشفعة (ولنا) ماروى انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ارض بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعتها وهذا نص فى الباب وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الجار أحق بصقبه والصقب الملاصق أى أحق بما يليه وبما يقرب منه وروى الجار أحق بشفعته وهذا نص فى الباب ولان حق الشفعة بسبب الشركة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون ورودا ههنا دلالة وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لان القسمة ليست بضرر بل هى تكميل منافع الملك وهى ضرر غير واجب الدفع لان القسمة مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة فى العروض دفعا لضرر القسمة (وأما) قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة الى السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع فالمقابلة والمرافعة فى نفسها ضرر وضرر الجار السوء يكثر وجوده فى كل ساعة فيبقى فى ضرر دائم واما الحديث فليس فى صدره نفى الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضى نفى غير المذكور قال الله تبارك وتعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفى ان يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشراً مثله وآخره حجة عليه لانه علق عليه الصلاة والسلام سقوط الشفعة بشرطين وقوع الحدود وصرف الطرق والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود أحدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وان لم تصرف الطرق ثم هو مؤول وتأويله فاذا وقعت الحدود فتباينت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة أولا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه او فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الرؤية لان فى القسمة معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فأخبر انه لا شفعة ليزول الاشكال والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(وأما) بيان كيفية السبب فالكلام فيه فى موضعين احدهما يعم حال انفراد الاسباب واجتماعها والثانى يخص حالة الاجتماع (اما) الذى يعم الحالين جميعا فهو ان السبب أصل الشركة لا قدرها واصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد او جار واحد اخذ كل الدار بالشفعة كثر شركته وجواره أو قل وعلى هذا يخرج قول أصحابنا رضى الله عنهم فى قسمة الشفعة بين الشركاء عند اتحاد السبب وهو الشركة او الجوار انها تقسم على عدد الرؤس لا على قدر الشركة وعند الشافعى رحمه الله على قدر الشركة فى ملك المبيع حتى لو كانت الدار بين ثلاثة نفر لاحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقين نصفين عندنا على عدد الرؤس وعنده اثلاثا ثلثاه لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة (وجه) قوله ان حق الشفعة من حقوق الملك لانه ثبت لتكميل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة (ولنا) ان السبب فى موضع الشركة اصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان فى الاستحقاق والدليل على ان السبب اصل الشركة دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فلان الشفيع اذا كان واحدا يأخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع الا بأخذ كل الدار بالشفعة فدل ان سبب الاستحقاق فى الشركة هو اصل الشركة وقد استويا فيه فبعد ذلك لا يخلو اما ان يأخذ احدهما الكل دون صاحبه واما ان يأخذ كل واحد منهما الكل لا سبيل الى الاول لانه ليس احدهما بأولى من صاحبه ولا سبيل الى الثانى لاستحالة تملك دار واحدة فى زمان واحد من اثنين على الكمال فتنصف بينهما عملا بكمال السبب بقدر الامكان ومثل هذا جائز فان من هلك عن ابنين كان ميراثه بينهما نصفين لان بنوة كل واحد منهما سبب لاستحقاق كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك فى مال واحد لكل واحد منهما على الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هذا وكذلك اذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار احدهما بخمسة اسداس الدار وجوار الآخر لسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وهو اصل الجوار وعلى هذا يخرج ما اذا كان للدار شفيعان فأسقط احدهما الشفعة ان للآخر ان يأخذ كل الدار

بالشفعة لوجود سبب الاستحقاق للكل فى حق كل واحد منهما وانما القسمة للتزاحم والتعارض على ما بينا فاذا
اسقط احدهما زال التزاحم والتعارض فظهر حق الآخر فى الكل فيأخذ الكل وكذلك لو كان الشفعاء جماعة فأسقط
بعضهم حقه فللباقين ان يأخذوا الكل بالشفعة لما قلنا ولو كان للدار شفيعان واحدهما غائب فللحاضر ان يأخذ
كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق على الكمال وجد فى حقه وقد تأكد حقه بالطلب ولم يعرف تأكد حق
الغائب لانه يحتمل ان يطلب ويحتمل ان لا يطلب او يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا يمنع الحاضر من
استيفاء حقه الثابت المتأكد بحق يحتمل التأكد والعدم بل يقضى له بالكل عملا بكمال السبب من غير تعارض بخلاف
ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم فهلك الرجل وترك الف درهم واحد صاحبى الدين غائب انه لا يسلم الى الحاضر
الا خمسمائة لان هناك حق كل واحد منهما يساوى حق الآخر فى التأكد فيقسم بينهما على السوية لوقوع التعارض
والتزاحم وكذلك لو كان للدار شفعاء بعضهم غائب وبعضهم حاضر يقضى بالدار بين الحضور على عدد رؤسهم
لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله فى حق غيره وسقط حق الجاعل وقسمت على عدد رؤس من
بقى لان حق الشفعة مما لا يحتمل النقل لانه ليس بأمر ثابت فى المحل فبطل الجعل فى حق غيره وسقط حقه لكون
الجعل دليل الاعراض وبقى كل الدار بين الباقين فيقسمونها على عدد الرؤس لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضرا
فقضى له بكل الدار ثم جاء آخر يقضى له بنصف ما فى يد الحاضر فان جاء ثالث يقضى له بثلث ما فى يد كل منهما لوقوع
التعارض والتزاحم لاستواء الكل فى سبب ثبوت الحق وتأكده فيقسم بينهم على السوية ولو أخذ الحاضر الكل ثم
قدم الغائب واراد ان يأخذ النصف فقال له الحاضر انا اسلم لك الكل فاما ان تأخذ او تدع فليس له ذلك وللذى
قدم ان يأخذ النصف لان القاضى لما قضى للحاضر بكل الدار تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب عن النصف
وصار الغائب مقضيا عليه فى ضمن القضاء للحاضر بالكل فبعد ذلك وان بطل القضاء لكن الحق بعد ما بطل لا يتصور
عوده ولو قضى بالدار للحاضر ثم وجد به عيبا فرده ثم قدم الغائب فليس له ان يأخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سواء
كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء وسواء كان قبل القبض أو بعده لما ذكرنا انه لما قضى القاضى للحاضر بكل الدار
بالشفعة فقد أبطل حق الغائب عن النصف وصار هو مقضيا عليه ضرورة القضاء على المشترى فبطلت شفعته فى هذا
النصف فلا يحتمل العود سواء كان الرد بالعيب بقضاء أو بغير قضاء لانه انما بطل حقه فى النصف بالقضاء بالشفعة
وبالرد بالعيب لا يتبين ان القضاء بالشفعة لم يكن وكذا يستوى فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا ولو أراد الغائب أن
يأخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب ويدع البيع الاول ينظر ان كان الرد بغير قضاء فله ذلك لان الرد بغير قضاء
بيع مطلق فكان بيعا جديدا فى حق الشفعة فيأخذ الكل بالشفعة كما يأخذ بالبيع المبتدا هكذا ذكر محمد واطلق
الجواب ولم يفصل بينما اذا كان الرد بالعيب قبل القبض او بعده ومن مشايخنا من قال ما ذكر من الجواب محمول على
ما بعد القبض لان الرد قبل القبض بغير قضاء بيع جديد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز على اصله وانما يستقيم
اطلاق الجواب على اصل ابى حنيفة وابى يوسف رحمهما الله (ومنهم) من قال يستقيم على مذهب الكل لان رضا
الشفيع ههنا غير معتبر لكونه مجبورا فى التمليك فكان رضاه ملحقا بالعدم وان كان بقضاء فليس له ان يأخذ لانه فسخ
مطلق ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص بالبيع ولو اطلع الحاضر على عيب قبل ان يقضى له
بالشفعة فسلم الشفعة ثم قدم الغائب فان شاء اخذ الكل وان شاء ترك لان القاضى اذا لم يقض بالشفعة للحاضر لم يبطل
حق الغائب بل بقى فى كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل الا انه لم يظهر لمزاحمة الحاضر فى الكل وبالتسليم زالت
المزاحمة فظهر حق الغائب فى كل الدار ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضى له بالشفعة ثم حضر شفيعان اخذا ثلثى
الدار بالشفعة والحكم فى الاثنين والثلاث سواء يسقط حق الغائب بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذا لو كان الشفيع
الحاضر اشترى الدار من المشترى ثم حضر الغائب فان شاء أخذ كل الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع

الثانى (أما) الاخذ بالبيع الاول فلان حق الحاضر فى الشفعة قد بطل بالشراء من المشترى لكون الشراء منه دليل الاعراض فزالت المزاحمة الموجبة للقسمة فبقى حق الغائب فى كل الدار فيأخذ الكل بالبيع الاول ان شاء بخلاف الشفيع اذا اشترى الدار المشفوعة من صاحبها انه لا تبطل شفعته لان البطلان بالاقدام على الشراء ولا حق له قبل الشراء ليبطل به (واما) الاخذ بالبيع الثانى فلان البيع الثانى وجد ولا حق للحاضر فى الشفعة لصيرورته معرضا بالشراء فيظهر حق الاخذ بالكل ولو كان المشترى الاول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه ثم قدم الغائب فان شاء اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان شاء اخذ كلها بالبيع الثانى (اما) اخذ النصف بالبيع الاول فلان المشترى الاول لم يثبت له حق قبل الشراء حتى يكون بشرائه معرضاً عنه فاذا باعه من الشفيع الحاضر لم يثبت للغائب الا مقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الاول وهو النصف وأما أخذ الكل بالعقد الثانى فلأن السبب عند البيع الاول اوجب الشفعة للكل فى الدار وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشراء لكون الشراء دليل الاعراض فبقى حق المشترى الاول والغائب فى كل الدار فيقسم بينهما للتزاحم فيأخذ الغائب نصف الدار بالبيع الاول ان شاء وان شاء اخذ الكل بالعقد الثانى لان السبب عند العقد الثانى اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق الشفيع الحاضر عند العقد الاول ولم يتعلق باقدامه على الشراء الثانى بعقده حق لاعراضه فكان للغائب ان يأخذ كل الدار بالعقد الثانى ولو كان المشترى الاول أجنبيا اشتراها بألف فباعها من اجنبي بألفين ثم حضر الشفيع فالشفيع بالخيار ان شاء أخذ بالبيع الاول وان شاء اخذ بالبيع الثانى لوجود سبب الاستحقاق وشرطه عند كل واحد من البيعين فكان له الخيار فان اخذ بالبيع الاول سلم الثمن الى المشترى الاول والعهدة عليه وينفسخ البيع الثانى ويسترد المشترى الثانى الثمن من الاول وان أخذ بالبيع الثانى تم البيعان جميعا والعهدة على الثانى غير أنه ان وجد المشترى الثانى والدار فى يده فله ان يأخذ بالبيع الثانى سواء كان المشترى الاول حاضراً أو غائبا وان أراد أن يأخذ بالبيع الاول فليس له ذلك حتى يحضر المشترى الاول والثانى هكذا ذكر القاضى الامام الاسبيجابى عليه الرحمة فى شرحه مختصر الطحاوى ولم يحك خلافا وذكر الكرخى عليه الرحمة ان هذا قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة وعند أبى يوسف رحمه الله حضرة الاول ليست بشرط وللشفيع أن يأخذ من الذى فى يده ويدفع اليه الفا ويقال له اتبع الاول وخذ منه الفا وان كان الثانى اشتراه بألف يؤخذ منه ويدفع اليه الفاً (وجه) قول أبى يوسف أن حق الشفعة حق متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفائه حضرة المشترى (وجه) قولهما أن الاخذ من غير حضرة المشترى الاول يكون قضاء على الغائب لان الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ البيع الاول على المشترى الاول على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تبارك وتعالى فيكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وانه لا يجوز وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع بل لا حق فى العين وانما الثابت حق التمليك على المشترى فلا بد من حضرته ولو كان المشترى باع نصف الدار ولم يبع جميعها فجاء الشفيع وأراد أن يأخذ بالبيع الاول أخذ جميع الدار ويبطل البيع فى النصف الثانى من المشترى الثانى لان سبب استحقاق الجميع وشرطه موجود عند البيع الاول فاذا أخذ الكل بالبيع الاول انفسخ البيع فى النصف الثانى من المشترى لانه تبين انه تقدم على حق الشفيع فى قدر النصف وان أراد ان يأخذ النصف بالبيع الثانى فله ذلك لان شرط الاستحقاق وهو البيع وجد فى النصف وبطلت شفعته فى النصف الذى فى يد المشترى الاول لوجود دليل الاعراض ولو كان المشترى لم يبع الدار ولكنه وهبها من رجل أو تصدق بها على رجل وقبضها الموهوب له أو المتصدق عليه ثم حضر الشفيع والمشترى والموهوب له حاضر ان اخذها الشفيع بالبيع لا بالهبة لان كون العقد معاوضة من شرائط الاستحقاق على ما نذكره ان شاء الله تعالى ولا بد من حضرة المشترى حتى لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة معه حتى يجد المشترى فيأخذها بالبيع الاول والثمن للمشترى وتبطل الهبة كذا ذكر القاضى من غير خلاف وأما الكرخى فقد جعله على الخلاف الذى ذكرنا ان الذى فى يده الدار وهو الموهوب له

لم يكن خصما عندهما وعند أبى يوسف يكون خصما كما فى البيع ولو وهب المشترى نصف الدار مقسوما وسلمه الى الموهوب له ثم حضر الشفيع وأراد أن يأخذ النصف الباقى بنصف الثمن ليس له ذلك ولكنه يأخذ جميع الدار بجميع الثمن أو يدع لان فى أخذ البعض دون البعض تفريق الصفقة على المشترى واذا اخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للمشترى لا للموهوب له ولو اشترى داراً بألف ثم باعها بألفين فعلم الشفيع بالبيع الثانى ولم يعلم بالبيع الاول فأخذها بقضاء أو بغير قضاء ثم علم أن البيع الاول كان بألف فليس له ان ينقض أخذه لانه لما أخذها بالبيع الثانى فقد ملكها وحق التمليك بالبيع الاول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه فى الشفعة فى البيع الاول ضرورة ثبوت الملك له والثابت ضرورة يستوى فيه العلم والجهل فان اشتراها بألف ثم زاده فى الثمن الفاً فعلم الشفيع بالالفين ولم يعلم ان الالف زيادة فأخذها بألفين فاذا أخذ بقضاء القاضى ابطل القاضى الزيادة وقضى له بالالف لان الزيادة غير ثابتة شرعاً فى حق الشفيع فكان القضاء بالزيادة قضاء بما ليس بثابت فيبطلها القاضى وان أخذها بغير قضاء فليس له أن ينقض أخذه لان الاخذ بغير قضاء بمنزلة شراء مبتدأ فسقط حقه فى الشفعة ولو كان المشترى حين اشتراه بألف ناقضه البيع ثم اشتراه بألفين فأخذ الشفيع بألفين ولم يعلم بالبيع الاول ثم علم به لم يكن له ان ينقضه سواء كان بقضاء او بغير قضاء لانه اجتمع بيعان لا يمكن الاخذ بهما فاذا اخذ بأحدهما انتقض الآخر والله عز و جل أعلم

واذا كان للدار جاران أحدهما غائب والآخر حاضر فخاصم الحاضر الى قاض لا يرى الشفعة بالجوار فأبطل شفعته ثم حضر الغائب فخاصمه الى قاض يرى الشفعة قضى له بجميع الدار لان قضاء القاضى الاول صادف محل الاجتهاد فنفذ و بطلت شفعة الحاضر فبقى حق الغائب فى كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فيأخذ الكل بالشفعة ولو كان القاضى الاول قال ابطلت كل الشفعة التى تتعلق بهذا البيع لم تبطل شفعة الغائب كذا قاله محمد وهو صحيح لانه قضاء على الغائب وانه لا يجوز والله سبحانه وتعالى اعلم (وأما) الذى يخص حالة الاجتماع فهو ان اسباب استحقاق الشفعة اذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب فيقدم الاقوى فالاقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره ولان المؤثر فى ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والاذى هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب فالاتصال بالشركة فى عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح فان سلم الشريك وجبت للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم وان سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره (وجه) رواية أبى يوسف ان الحق عند البيع كان للشريك لا لغيره الا ترى أن غيره لا يملك المطالبة فاذا سلم سقط الحق أصلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لان كل واحد من هذه الاشياء الثلاثة سبب صالح للاستحقاق الا أنه يرجح البعض على البعض لقوة فى التأثير على ما بينا فاذا سلم الشريك التحقت شركته بالعدم و جعلت كانها لم تكن فيراعى الترتيب فى الباقى كما لو اجتمعت الخلطة والجوار ابتداء و بيان هذا فى مسائل دار بين رجلين فى سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع أحدهما نصيبه فالشفعة لشريكه لان شركته فى عين الدار وشركة أهل السكة فى الحقوق فكان الشريك فى عين الدار أولى بالشفعة فاذا سلم فالشفعة لاهل السكة كلهم يستوى فيه الملاصق وغير الملاصق لانهم كلهم خلطاء فى الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق وعلى ما روى عن أبى يوسف اذا سلم الشريك سقطت الشفعة أصلا ولو انشعبت من هذه السكة سكة أخرى غير نافذة فبيعت دار فيها فالشفعة لاهل هذه السكة خاصة لان خلطة أهل هذه السكة السفلى أخص من خلطة اهل السكة العليا ولو بيعت دار فى السكة العليا استوى فى شفعتها أهل السكة العليا وأهل السكة السفلى لان خلطتهم فى السكة العليا سواء فيستوون فى الاستحقاق وقال محمد رحمه الله أهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكهم اوكان فناء غير مملوك أما اذا كان ملكا لهم فظاهر

لوجود

لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق وأما اذا كان فناء غير مملوك فلأنهم أخص به من غيرهم فكان في معنى المملوك وان كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا شفعة الا للجار الملاصق لان الشركة العامة اباحة معنى لما قلنا وان كان مملوكا فهو في حكم غير النافذ والطريق النافذ الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك أهله سده لانه اذا كان كذلك يتعلق به حق جميع المسلمين فكانت شركته عامة فيشبه الاباحة وعلى هذا يخرج النهر اذا كان صغيرا يسقى منه أراضي معدودة أو كروم معدودة فبيع أرض منها أو كرم ان الشركاء في النهر كلهم شفعاء يستوي الملاصق وغير الملاصق لاستوائهم في الخلطة وهي الشركة في الشرب وان كان النهر كبيرا فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشوارع واختلف في الحد الفاصل بين الصغير والكبير قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان تجري فيه السفن فهو كبير وان كان لا تجري فهو صغير وروي عن أبي يوسف رحمه الله انه قال لا أستطيع ان أحد هذا بحد هو عندي على ما أرى حين يقع ذلك وروي عن أبي يوسف رحمه الله رواية أخرى انه ان كان يسقى منه مراحان أو ثلاثة أو بستانان أو ثلاثة ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخي رضي الله عنه الاختلاف بين أصحابنا والقاضي لم يذكر خلافهم وانما ذكر اختلاف المشايخ رحمهم الله قال بعضهم ان كان شركاء النهر بحيث يحصون فهو صغير وان كانوا لا يحصون فهو كبير وقال بعضهم ان كانوا مائة فما دونهم فهو صغير وان كانوا أكثر من مائة فهو كبير وقال بعضهم هو مفوض الى رأي القاضي فان رآه صغيرا أقضي بالشفعة لاهله وان رآه كبيرا أقضي بها للجار الملاصق ولو نزع من هذا النهر نهر آخر فيه أرضون او بساتين وكروم فبيع أرض أو بستان شربه من هذا النهر النازع فأهل هذا النهر أحق بالشفعة من أهل النهر الكبير ألا ترى انهم مختصون بشرب النهر النازع فكانوا أولى كما في السكة المنشعبة من سكة غير نافذة ولو بيعت أرض على النهر الكبير كان أهله وأهل النهر النازع في الشفعة سواء لاستوائهم في الشرب قال محمد رحمه الله في قراح واحد في وسط ساقية جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح فجاء شفيعان أحدهما يلي هذه الناحية في القراح والآخر يلي الجانب الآخر قال هما شفيعان في القراح وليست الساقية بحائلة لان الساقية من حقوق هذا القراح فلا يعتبر فاصلا كالحائط الممتد ولو كانت هذه الساقية بجوار القراح ويشرب منها ألف جريب من هذا القراح فأصحاب الساقية أحق بالشفعة من الجار لانهم شركاء في الشرب والشريك مقدم على الجار لما مر والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما روي عن أبي يوسف أنه قال في دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار ان الشريك أحق بالشفعة من صاحب الطريق لان الشريك في عين العقار أحق من الخليط وكذلك اذا كانت الدار بين رجلين ولاحدهما حائط بأرضه في الدار بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في الحائط نصيبه من الدار والحائط فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في الحائط أولى بالحائط لان الشريك في الحائط ليس بشريك في الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر في الدار بينه وبين آخر فباع الذي له شركة في البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك في الدار أحق بشفعة الدار والشريك في البئر أحق بالبئر لما ذكرنا ان الشريك في البئر جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفل بين رجلين ولاحدهما علو عليه بينه وبين آخر فباع الذي له نصيب في السفل والعلو نصيبه فلشريكه في السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل لان شريكه في السفل جار العلو وشريكه في حقوق العلو وان كان طريق العلو فيه ليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة أو ما هو في معنى البقعة مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريكه في العلو جار للسفل أو شريكه في الحقوق اذا كان طريق العلو في تلك الدار ولا شركة له في عين البقعة فكان الشريك في عين البقعة أولى ولو كان لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لآخر فباع صاحب العلو العلو بطريقه فالقياس أن لا شفعة لصاحب السفل في العلو وفي الاستحسان تجب (وجه) القياس ان من شرائط وجوب الشفعة ان يكون المبيع عقارا والعلو

منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب فى سائر المنقولات (وجه) الاستحسان ان العلو فى معنى العقار لان حق البناء على السفل حق لازم لا يحتمل البطلان فأشبه العقار الذى لا يحتمل الهلاك فكان ملحقا بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو فى دار رجل آخر فبيع العلو فصاحب الدار التى فيها الطريق أولى بشفعة العلو من صاحب الدار التى عليها العلو لان صاحب الدار التى فيها الطريق شريك فى الحقوق وصاحب الدار التى عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فان سلم صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملاصق أخذه صاحب الدار التى عليها العلو بالجوار لانه جاره وان كان للعلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لانهما جاران وان لم يكن جار العلو ملاصقاً و بين العلو وبين مسكنه طائفة من الدار فلا شفعة له لانه ليس بجار ولو باع صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لانه جاره وليس شريكه وهو كدارين متجاورتين لاحدهما خشب على حائط الآخر ان صاحب الخشب لا يستحق الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيأ ولو بيعت الدار التى فيها طريق العلو فصاحب العلو أولى بشفعة الدار من الجار لانه شريك فى الحقوق فكان مقدما على الجار وروى عن أبى يوسف أنه قال فى بيت عليه غرفتان احداهما فوق الاخرى ولكل غرفة طريق فى دار أخرى وليس بينهما شركة فى الطريق فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب العلو ولصاحب السفل جميعاً لاستوائهما فى الجوار فان باع صاحب العلو كانت الشفعة للاوسط دون الاسفل لان الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج ماروى عن أبى يوسف انه قال فى دار فيها مسيل ماء لرجل آخر فبيعت الدار كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب المسيل مختص بمسيل الماء لا شركة للآخر فيه فصار كحائط لصاحب احدى الدارين فى الاخرى ولو أن حائطا بين دارى رجلين والحائط بينهما فصاحب الشرك فى الحائط أولى بالحائط من الجار و بقية الدار يأخذها بالجوار مع الجار بينهما هكذا روى عن أبى يوسف و زفر رحمهما الله و روى عن أبى يوسف رواية أخرى ان الشريك فى الحائط أولى بجميع الدار (وجه) هذه الرواية ان الشريك فى الحائط شريك فى بعض المبيع فكان أولى من الجار الذى لا شركة له كالشريك فى الشرب والطريق (وجه) الرواية الاولى ان الشريك فى الحائط شريك لكن فى بقعة معينة وهى ما تحت الحائط لا فى بقية الدار بل هو جار فى بقية الدار فكان أولى بما هو شريك فيه و بقية الدار بينه و بين الجار الآخر لاستوائهما فى الجوار وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينه و بين غيره فباع الرجل الدار وطلب الجار الشفعة وطلبها الشريك فى البيت فصاحب الشركة فى البيت أولى بالبيت و بقية الدار بينهما نصفان قال الكرخى عليه الرحمة وأصح الروايات عن أبى يوسف ان الشريك فى الحائط أولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من تحقق الشركة فى نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال وعن محمد مسئلة تدل على ان الشريك فى الحائط أولى فانه قال فى حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدى الدارين قال فان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم أجعله شريكا وقوله أحق من الجار أى أحق بالجميع لا بالحائط خاصة وهذا هو مقتضى ظاهر هذا الاطلاق وروى عن أبى يوسف فيمن اشترى حائطا بأرضه ثم اشترى ما بقى من الدار ثم طلب جار الحائط الشفعة فله الشفعة فى الحائط ولا شفعة له فيما بقى من الدار لانه لم يكن جاراً لبقية الدار وقت البيع اذ الحائط حائل بين ملكه و بقية الدار فلا تجب الشفعة له وروى عن أبى يوسف فى دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه فى الدار احق بالشفعة فى الدار ولصاحب الطريق الشفعة فى الطريق لان الطريق اذا كان معينا كان بمنزلة الحائط على ماذكرنا وهذا على الرواية التى تقول الشريك فى الحائط جار فى بقية الدار على ماذكرنا فيما تقدم والله أعلم

*(فصل)* وأما شرائط وجوب الشفعة فانواع (منها) عقد المعاوضة وهو البيع أو ما هو فى معناه فلا تجب الشفعة

فيما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب بالهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ بالشفعة يملك على المأخوذ منه
بمثل ما ملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو أخذ الشفيع فاما ان يأخذ بالقيمة واما ان يأخذ مجانا بلا عوض
لا سبيل الى الاول لان المأخوذ منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل الى الثانى لان الجبر على التبرع ليس بمشروع فامتنع
الاخذ أصلا وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضا وجبت الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وان
قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد وهذا بناء على أصل
وهو ان الهبة بشرط العوض عندنا تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وعنده معاوضة ابتداء وانتهاء ودلائل هذا الاصل فى
كتاب الهبة نذكرها هناك ان شاء الله تعالى ولو وهب عقاراً من غير شرط العوض ثم ان الموهوب له عوضه من ذلك
داراً فلا شفعة فى الدارين لا فى دار الهبة ولا فى دار العوض لان اعطاء دار العوض هبة مبتدأة الا انها اختصت
بالمنع من الرجوع الا أن تكون عوضاً حقيقة بدليل انه لو وهب عشرة دراهم فعوضه بخمسة جاز ولو كان عوضا حقيقة
لما جاز لانه يكون ربا فدل ان الثانى ليس بعوض عن الاول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان هبة مبتدأة فلم تجب به
الشفعة وتجب الشفعة فى الدار التى هى بدل الصلح سواء كان الصلح على الدار عن اقرار أو انكار أو سكوت لوجود
معنى المعاوضة (أما) فى الصلح عن اقرار فظاهر لان المدعى ملك المدعى فى حق المدعى والمدعى عليه فكانت الدار
التى هى بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت فى حقهما جميعا فيتحقق معنى المعاوضة فى هذا الصلح (وأما) فى الصلح عن
انكار فلان عند المدعى انه أخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت فكان الصلح معاوضة فى حقه وكان للشفيع فيها حق
الشفعة وكذا فى الصلح عن سكوت المدعى عليه لان المدعى ان كان محقاً فى دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه
حقيقة وان كان مبطلا كان عوضاً عن ملكه فى زعمه فيتحقق معنى المعاوضة فى زعمه وكذا تجب الشفعة فى الدار
المصالح عنها عن اقرار لوجود معنى المعاوضة فى هذا الصلح من الجانبين جميعاً (وأما) عن انكار فلا تجب به الشفعة
لان فى زعم المدعى عليه ان الدار المدعاة ملكه وانما بذل المال لدفع الخصومة الباطلة فلا يتحقق معنى المعاوضة فى
حقه فلم يكن للشفيع أن يأخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام المدعى فى اقامة الحجة فان أقام البينة على صاحب
اليد ان الدار كانت للمدعى أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الصلح وقع معاوضة حقيقة وان لم تقم
له الحجة فلا شفعة له وكذلك لا تجب الشفعة فى الدار المصالح عنها عن سكوت لان المدعى ان كان محقاً فى دعواه كان
الصلح معاوضة فتجب الشفعة وان كان مبطلا لم يكن معاوضة فى حق المدعى عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال
لان الحكم كما لا يثبت بدون شرطه لا يثبت مع وجود الشك فى شرطه لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك ولو
كان بدل الصلح منافع فلا شفعة فى الدار المصالح عنها سواء كان الصلح عن انكار أو اقرار لان بدل الصلح ليس بعين
مال فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين المال وهذا من شرائط ثبوت الشفعة على ما نذكره ان شاء الله تعالى
ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعى عليه الدار و يعطيه داراً أخرى فان كان الصلح عن انكار تجب فى كل واحدة
من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى لان الصلح اذا كان عن انكار كان الصلح على معاوضة دار بدار وان
كان عن اقرار لا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فى الدارين جميعا لانهما جميعا ملك المدعى ولو اشترى داراً فسلم
الشفيع الشفعة ثم رد المشترى الدار بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده فأراد الشفيع أن يأخذ الدار
بالشفعة بسبب الرد لم يكن له ذلك لان الرد بخيار الرؤية والشرط ليس فى معنى البيع ألا ترى انه يرد من غير رضا
البائع بل هو فسخ محض فى حق الكل و رفع العقد من الاصل كانه لم يكن فيعود اليه قديم ملكه فلم يتحقق معنى
البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض أو بعده بقضاء القاضى لان الرد بقضاء القاضى فسخ
مطلق وان كان بغير قضاء القاضى فللشفيع الشفعة لان الرد بغير قضاء بيع جديد فى حق ثالث وكذا الاقالة قبل
القبض أو بعده لانها بيع جديد فى حق ثالث ولا تجب الشفعة فى القسمة وان كان فيها معنى المعاوضة لانها ليست

بمعاوضة محضة بل فيها معنى الاقرار والتمييز ألا ترى انه يجرى فيها الجبر فلم تكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما اذا صالح عن دم عمد على دار انه لا تجب الشفعة (ومنها) معاوضة المال بالمال فلا تجب فى معاوضة المال بغير المال لان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى فلو وجبت فى معاوضة المال بغير المال فاما أن يأخذ بما تملك به المشترى ولا سبيل اليه لانه تملك بالقصاص واما أن يأخذ بقيمة الدار ولا سبيل اليه أيضا لان المشترى لم يتملك به فامتنع التملك أصلا وعلى هذا يخرج ما اذا صالح عن دم العمد على دار انه لا تجب الشفعة لان القصاص ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال وكذا الوصالح من جناية توجب القصاص فيما دون النفس على دار لما قلنا ولو صالح من جناية توجب الارش دون القصاص على دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال بالمال وكذا لو أعتق عبدا على دار لان العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال (ومنها) معاوضة عين المال بعين المال فلا تجب فى معاوضة عين المال بما ليس بعين المال لما ذكرنا ان التملك بما تملكه به المشترى غير ممكن والتملك بعين المال ليس تملكا بما تملك به المشترى فامتنع أصلا وعلى هذا يخرج ما اذا جعل الدار مهرا بأن تزوج على دار أو جعلها بدل الخلع بأن خالع امرأته على دار أو جعلها أجرة فى الاجارات بأن استأجر بدار لان هذا معاوضة المال بالمنفعة لان حكم الاجارة ثبت فى المنفعة وكذا حكم النكاح وهو الصحيح على ما عرف فى مسائل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بمال وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط وتجب الشفعة فى هذه المواضع فيأخذها الشفيع بقيمة البضع وهى مهر المثل فى النكاح والخلع وفى الاجارة بأجرة المثل (وجه) قوله ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى عند الامكان وعند التعذر تقام قيمته مقامه ألا ترى انه لو اشترى دارا بعبد فالشفيع يأخذها بقيمة العبد لتعذر الاخذ بمثله اذ لا مثل له فتقوم قيمته مقامه كذا ههنا والمنافع تتقوم بالعقد بلا خلاف فتقام قيمة العوض مقامه (ولنا) ان المنافع فى الاصل لا قيمة لها على أصول أصحابنا والاصل فيها أن لا تكون مضمونة لان الشىء يضمن بمثله فى الاصل والعرض لا يماثل العين ولهذا قالوا انها لا تضمن بالغصب والاتلاف الا أنها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة لحاجة الناس فبقى ما وراء ذلك على الاصل فلا يظهر تقومها فى حق الشفيع ولو تزوج امرأة على دار على أن ترد المرأة عليه ألفا فلا شفعة فى شىء من الدار عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تجب الشفعة فى حصة الالف (وجه) قولهما ان الدار بعضها مهر وبعضها مبيع فلئن تعذر ايجاب الشفعة فى حصة المهر أمكن ايجابها فى حصة المبيع فتجب فى حصته (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله انه لا يمكن ايجاب الشفعة فى حصة المبيع الا بعد قسمة الدار وفى قسمتها تقويم المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة على ما بينا ولان المهر فى الدار هو الاصل لانها انما دفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة فى الاصل فكيف تجب فى التابع ولو تزوجها على مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بذلك المهر أو تزوجها بغير مهر مسمى ثم باع داره من المرأة بمهر المثل تجب فيها الشفعة لان هذا مبيع مبتدأ فتجب به الشفعة ولو تزوجها على دار أو تزوجها على غير مسمى ثم فرض لها داره مهرا لا تجب فيها الشفعة لان الغرض منه ليس ببيع بل هو تقدير المهر فلا تجب الشفعة (ومنها) أن يكون المبيع عقارا أو ما هو بمعناه فان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلماء رضى الله عنهم وقال مالك رضى الله عنه هذا ليس بشرط وتجب الشفعة فى السفن (وجه) قوله أن السفينة أحد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما تجب فى المسكن الآخر وهو العقار ولنا ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا شفعة الا فى ربع أو حائط لان الشفعة فى العقار ما وجبت لكونه مسكنا وانما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق الا فى العقار ولا تجب الا فى العقار أو ما فى معناه وهو العلو على ما نذكر ان شاء الله تعالى سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو لا يحتملها كالحمام والرحا والبئر والنهر والعين والدور الصغار عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله لا تجب الشفعة الا فى عقار يحتمل القسمة والكلام فيه يرجع الى أصل تقدم ذكره وهو

ان الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر الدخيل وأذاه على سبيل اللزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل القسمة على السواء وعنده وجبت معلولة بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة فلا يتعدى الى ما لا يحتمل القسمة وهذا مع انه تعليل لمنع التعدية قد أبطلناه فيما تقدم وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو بيعا جميعا وجبت الشفعة أما السفل فلا شك فيه لانه عقار وأما العلو بدون السفل فتجب فيه الشفعة اذا كان العلو قائما استحسانا لان حق البناء على السفل متعلق به على سبيل التأبيد فصار بمعنى العقار فتجب فيه الشفعة ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت الشفعة لصاحب العلو عند أبي يوسف وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد في الزيادات (وجه) قول أبي يوسف ان البناء وان بطل فحق البناء قائم وانه حق متعلق بالبقعة على سبيل الاستقرار والتأبيد فكان بمنزلة البقعة (وجه) قول محمد ان الشفعة انما تجب اما بالشركة في الملك أو الحقوق أو بجوار الملك ولم يوجد شيء من ذلك أما الشركة فظاهر الانتفاء وكذا الجوار لان الجوار كان بالبناء وقد زال البناء فلا تجب الشفعة وذكر في الزيادات فيمن باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحك خلافا من مشايخنا رحمهم الله من قال هذا قوله (فأما) على أصل أبي يوسف ينبغي أن لا يبطل لانه يجعل في حق البناء بمنزلة العرصة فصار كانه باع العرصة مع البناء فاحترق البناء (ومنها) زوال ملك البائع عن المبيع لان الشفيع يتملك المبيع على المشتري بمثل ما ملك به فاذا لم يزل ملك البائع استحال تملك المشتري فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في المبيع بشرط خيار البائع لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتى لو أسقط خياره وجبت الشفعة لانه تبين ان المبيع زال عن ملكه من حين وجود المبيع ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة لان خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه ولو كان الخيار لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له لان شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفيع البيع جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع ابتداء وان فسخ البيع فلا شفعة له لان ملك البائع لم يزل والحيلة للشفيع في ذلك أن لا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز هو بمضي المدة فتكون له الشفعة وخيار العيب والرؤية لا يمنع وجوب الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك البائع (ومنها) زوال حق البائع فلا تجب الشفعة في المشتري شراء فاسداً لان للبائع حق النقض والرد الى ملكه رداً للفساد وفي ايجاب الشفعة تقرير الفساد حتى لو سقط حق الفسخ بأسباب مسقطة للفسخ كالزيادة وزوال ملك المشتري ونحو ذلك كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة لان المانع قيام الفسخ وقد زال كما لو باع بشرط الخيار له ثم أسقط الخيار وجبت الشفعة لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار فكذا هذا ولو باعها المشتري شراء فاسداً بيعاً صحيحاً فجاء الشفيع فهو بالخيار ان شاء أخذها بالبيع الاول وان شاء أخذها بالبيع الثاني لان حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد منهما وشرائطه فكان له الخيار غير انه ان أخذ بالبيع الثاني أخذ بالثمن وان أخذ بالبيع الاول أخذ بقيمة المبيع يوم القبض لان الشفيع يتملك بما تملك به المشتري والمشتري الثاني تملك بالثمن لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك بالمسمى وهو الثمن والمشتري الاول تملك المبيع بقيمته لان البيع الفاسد يفيد الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم القبض لان المبيع بيعا فاسداً مضمون بالقبض كالمغصوب وعلى هذا الاصل يخرج قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيمن اشترى أرضاً شراء فاسداً فبنى عليها انه يثبت للشفيع حق الشفعة لان حق البائع في القبض قد زال بالبناء وبطل فزال المانع من وجوب الشفعة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يثبت لان حق البائع لم يبطل بالبناء فكان المانع قائما وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها أجنبي انه لا شفعة له لان بيع المريض مرض الموت عيناً من أعيان ماله لوارثه فاسد عنده الا اذا أجاز الورثة وان كان بمثل القيمة ولا شفعة له في البيع الفاسد الا اذا أجاز فتجب الشفعة ولو باعها من أجنبي بمثل قيمتها والوارث شفيعها لا شفعة للوارث عنده

أيضاً لانه يصير كانه باعها من الوارث ابتداء لتحول ملك الصفقة اليه أو لتقدير صفقة أخرى مع الوارث وذلك فاسد
عنده وعندهما تجب الشفعة للوارث لان العقد جائز هذا اذا باع بمثل القيمة فأما اذا باع وحابى بأن باعها بألفين
وقيمتها ثلاثة آلاف فان باعها من الوارث وشفيعها أجنبي فلا شك انه لا شفعة عند أبي حنيفة عليه الرحمة لان بيعها
من الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فبالمحاباة أولى ولا شفعة في البيع الفاسد وعندهما البيع جائز ولكن يدفع قدر المحاباة
فتجب الشفعة ولو باع من أجنبي فكذلك لا شفعة للوارث عند أبي حنيفة رحمه الله لان الشفيع يأخذها بتلك
الصفقة بالتحول اليه أو بصفقة مبتدأة مقدرة بينهما فكان بيعا من الوارث بالمحاباة وسواء اجازت الورثة أو لم يجيزوا لان
الاجازة محلها العقد الموقوف والشراء وقع نافذاً من المشتري لان المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الاجنبي فلغت
الاجازة في حق المشتري فتلغو في حق الشفيع أيضاً وأما عندهما فقد اختلفت الروايات فيه في رواية كتاب الشفعة
من الاصل والجامع لا شفعة له وفي رواية كتاب الوصايا له الشفعة وهي من مسائل الجامع تعرف ثمة ان شاء الله تعالى
(ومنها) ملك الشفيع وقت الشراء في الدار التي يأخذها بالشفعة لان سبب الاستحقاق جوار الملك والسبب انما
ينعقد سبباً عند وجود الشرط والانعقاد أمر زائد على الوجود فاذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سبباً فلا شفعة له
بدار يسكنها بالاجارة والاعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجداً أو لا بدار جعلها وقفاً وقضى القاضي
بجوازه أو لم يقض على قول من يجيز الوقف لانه زال ملكه عنها لا الى أحد ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الانكار
بحجة مطلقة وهي البينة وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته وعلى هذا يخرج ما اذا أنكر المشتري كون
الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع انه ليس له أن يأخذ بالشفعة حتى يقيم البينة انها داره وهذا قول أبي حنيفة ومحمد
واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه رواية أخرى أن هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع ولا يحتاج
الى اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله (وجه) هذه الرواية ان الملك كان ثابتاً للشفيع في هذه الدار لوجود
سبب الثبوت وما ثبت يبقى الى أن يوجد المزيل ولان اليد دليل الملك ألا ترى ان من رأى شيأ في يد انسان حل له
أن يشهد له بالملك دل ان اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتاً للشفيع ظاهراً (وجه) ظاهر الرواية ان
سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه وانما البقاء بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الغير كحياة المفقود
وحرية الشهود ونحو ذلك والحاجة ههنا الى الزام المشتري فلا يظهر الملك في حق المشتري وقوله اليد دليل الملك
قلنا ان سلم ذلك فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق على الغير والحاجة ههنا الى الاستحقاق
على المشتري فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد وذكر عن أبي يوسف فيمن ادعى على آخر داراً وأقام البينة على
ان هذه الدار كانت في يد أبيه مات وهي في يده أنه يقضى له بالدار فان جاء يطلب بها شفعة دار أخرى الى جنبها لم يقض
له بالشفعة حتى يقيم البينة على الملك لم يجعل القضاء باليد قضاء بالملك على الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلى هذا
يخرج ما ذكر عن محمد أنه قال في حائط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولا يعلم ان الحائط بينهما الا بالخشبة
فبيعت احدى الدارين انه ان أقام الآخر بينة ان الحائط بينهما فهو أحق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم
أجعله شريكا لان ملك الحائط بينهما لم يثبت الا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا الظاهر لا يكفي
لاستحقاق الشفعة قال ولو أقر البائع قبل البيع ان الحائط بينهما لم أجعل له بهذا شفعة بمنزلة دار في يد رجل أقر أنها
لآخر فبيعت الى جنبها دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتى يقيم البينة ان الدار داره لان الملك في الموضعين
جميعا ثبت بالاقرار وانه حجة قاصرة فيظهر في حق المقر في المسئلة الاولى وفي المسئلة الثانية يظهر في حق المقر له خاصة
ولا يتعدى الى المشتري وذكر في المنتقى عن أبي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضي انها له فبيعت دار الى جنب
داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة داري هذه لفلان وقد بعتها منه منذ سنة وقال هذا في وقت يقدر على
الاخذ بالشفعة أو طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار حتى يقيم المقر له بينة على المشتري (أما) المقر فلا شك انه لا شفعة له

لانه

لانه لا ملك له وقت البيع فى الدار باقراره بالبيع قبله (واما) المقر له فلماذ كرنا ان الملك الثابت بالاقرار ليس بثابت بحجة مطلقة لكون الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر فى حق الاستحقاق على المشترى وذكر الخصاف فى اسقاط الشفعة ان البائع اذا أقر بسهم من الدار للمشترى ثم باع منه بقية الدار ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشترى صار شريك البائع فى ذلك السهم والشريك مقدم على الجار ومن أصحابنا من خطأ الخصاف فى هذا وقال تجب الشفعة للجار لان شركة المشترى لم تثبت الا بالاقرار من البائع والاقرار حجة قاصرة فلا يظهر فى حق الجار فكان على شفعته وكان يستدل بمسئلة الحائط والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن لا تكون الدار المشفوعة ملكا للشفيع وقت البيع فان كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الانسان مال نفسه وعلى هذا يخرج ما اذا باع المأذون دارا والمولى شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لانها ملك المولى والعبد كالوكيل عنه بالبيع فلا تثبت له الشفعة وان كان عليه دين فله الشفعة لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون فكان بمنزلة الاجنبى وكذا اذا باع المولى داراً والمأذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى وشراء كل واحد منهما من صاحبه جائز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ يقع تملكا للمولى وتملك المولى محال ولو اشترى المأذون داراً والمولى شفيعها فان كان عليه دين فلمولاه الشفعة لان الملك بالشراء لم يقع للمولى وان لم يكن عليه دين فلا يستحق الاخذ بالشفعة لان الملك يقع له وكذا اذا اشترى المولى داراً والمأذون شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن فلا يتصور الاخذ بالشفعة لما قلنا (وأما) المكاتب اذا باع أو اشترى دارا والمولى شفيعها فله أن يأخذ بالشفعة سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه فيما يبيع و يشترى مع المولى بمنزلة الاجنبى لانه حر يداً ألا ترى انه لا سبيل لمولاه على ما فى يده فكان فى حق ما فى يده ملحقا بسائر الاجانب والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) عدم الرضا من الشفيع بالبيع وحكمه فان رضى بالبيع أو بحكمه فلا شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت له دفعاً لضرر المشترى فاذا رضى بالشراء أو بحكمه فقد رضى بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة ثم الرضا قد يكون صريحاً وقد يكون دلالة (أما) الصريح فلا يشكل (وأما) الدلالة فنحو ان يبيع الشفيع الدار المشفوع فيها بأن وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا شفعة له لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه وهو الملك للمشترى وكذلك المضارب اذا باع داراً من مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة لرب الدار سواء كان فى الدار ربح أو لم يكن (أما) اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع وحكمه ضرورة وانه يمنع وجوب الشفعة وان كان فيها ربح (أما) فى حصة رب المال فلماذ كرنا من وجود دلالة الرضا بالبيع فى حصته (وأما) فى حصة المضارب فلانه متى امتنع الوجوب فى حصة رب المال فلو ثبت فى حصة المضارب لادى الى تفريق الصفقة على المشترى وانه لا يجوز ولان المشترى صار شريكا للمضارب والشريك مقدم على الجار ولو كان الشفيع وكيلا بشراء الدار المشفوع فيها فاشترى لموكله فللشفيع الشفعة لان الشراء لغيره لا يكون فوق الشراء لنفسه والشراء لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتى لو اشترى الدار المشفوع فيها ثم حضر شفيع آخر كان له أن يأخذ النصف بالشفعة فالشراء لغيره لان لا يمنع الوجوب أولى ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة فان كان فى يده من مال المضاربة وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة لان الاخذ ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة الرضا بثبوت الملك للمشترى وانه يمنع وجوب الشفعة ولو لم يكن فى يده وفاء فان لم يكن فى الدار ربح فلا شفعة أيضاً لان الاخذ يقع لرب المال وان كان فيها ربح فللمضارب أن يأخذها بالشفعة لنفسه لان له نصيبا فى ذلك ولم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولو اشترى أجنبى داراً الى جنب دار المضاربة فان كان فى يد المضارب وفاء بالثمن فله أن يأخذها بالشفعة للمضاربة وله أن يسلم الشفعة لان حق الاخذ له فيملك تسليمه وان لم يكن فى يده وفاء فان كان فى الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعا لان الدار مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب

المال خاصة لان الدار ملكه خاصة والشفعة من حقوق الملك وعلى هذا يخرج ما اذا باع الدار على أن يضمن له الشفيع الثمن من المشترى فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لان ضمان الثمن من المشترى دلالة الرضا بالشراء وحكمه لان تمام العقد وابرامه يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا لو اشترى المشترى الدار على أن يضمن الشفيع الدرك عن البائع فضمن وهو حاضر حتى جاز البيع انه لا شفعة للشفيع لانه لما ضمن الدرك فقد صار راضيا بالعقد وحكمه وهو الملك للمشترى فلم تجب الشفعة وأما اسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة فتجب لاهل الذمة فيما بينهم وللذمى على المسلم لان هذا حق التملك على المشترى بمنزلة الشراء منه والكافر والمسلم فى ذلك سواء لانه من الامور الدنيوية وروى عن شريح انه قضى بالشفعة لذمى على مسلم فكتب الى سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه فأجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فيكون ذلك اجماعا ولو اشترى ذمى من ذمى دارا بخمر أو خنزير وشفيعها ذمى أو مسلم وجبت الشفعة عند أصحابنا رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله لا تجب بناء على ان ذلك ليس بمال عنده أصلا حتى لم يكن مضمونا بالاتلاف أصلا ومن شرط وجوب الشفعة معاوضة المال بالمال وعندنا هو مال متقوم فى حق أهل الذمة بمنزلة الخل والشاة لنا ثم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا أخذ الدار بمثل الخمر وبقيمة الخنزير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال كالخل والخنزير ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم كالشاة وان كان مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير لان الاخذ تملك والمسلم ليس من أهل تملك الخمر والخنزير ومتى تعذر عليه التملك بالعين تملك بالقيمة كما لو كان الشراء بالعرض انه يأخذها بقيمة العرض كذا هذا وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة للمأذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان والصبيان والمجانين وأهل البغى لانه حق مبنى على الملك وهؤلاء من أهل ثبوت الملك لهم الا أن الخصم فيما يجب للصبى أو عليه وليه الذى يتصرف فى ماله من الاب ووصيه والجد لاب ووصيه والقاضى ووصى القاضى فاذا بيعت دار والصبى شفيعها كان لوليه أن يطالب بالشفعة ويأخذه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى والولى يملك ذلك كما يملك الشراء فان سلم الشفعة صح التسليم ولا شفعة للصبى اذا بلغ عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يصح تسليمه والصبى على شفعته اذا بلغ (وجه) قوله ان هذا حق ثبت للصبى نظرا فابطاله لا يكون نظرا فى حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولى كالعفو عن قصاص وجب للصبى على انسان والابراء عن كفالته بنفس أو مال ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء فتسليمه امتناع من الشراء وللولى ولاية الامتناع من الشراء ألا ترى ان من قال بعت هذا الشىء لفلان الصبى لا يلزم الولى القبول وهذا لان الولى يتصرف فى مال الصبى على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون فى الشراء وقد تكون فى تركه والولى أعلم بذلك فيفوض اليه وعلى هذا الخلاف اذا سكت الولى أو الوصى عن الطلب انه يبطل حق الشفعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد وزفر رحمهما الله لا يبطل وذكر فى نوادر أبى يوسف رحمه الله فيمن اشترى دارا وابنه الصغير شفيعها كان له أن يأخذ لابنه الصغير بالشفعة فان لم يأخذ وسلم لنفسه جاز لان الشراء لا ينافى الاخذ بالشفعة لان كل واحد منهما تملك بعوض ولهذا لو كان وكيلا بالشراء لغيره كان له ان يأخذ بالشفعة لنفسه فلان يملك الاخذ لابنه أولى واذا ملك الاخذ ملك التسليم لانه امتناع عن الاخذ ولو باع دارا لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة لان الاخذ بالشفعة تملك والبيع تمليك فينافى التملك ولهذا لا يملك الوكيل بالبيع لغيره أن يأخذ بالشفعة واذا لم يملك الاخذ لم يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف الى حين بلوغ الصبى كما اذا لم يكن له ولى وأما الوصى اذا اشترى دارا لنفسه والصبى شفيعها لم يكن له أن يأخذ بالشفعة للصغير ولو سلم الشفعة فالصغير على شفعته وكذا اذا باع لانه ملك الدار بالشراء لنفسه فبالاخذ بالشفعة للصغير يريد تمليك ما ملكه من الصغير والوصى لا يملك تمليك مال الصغير الا اذا كان فيه نفع ظاهر له واذا لم يملك الاخذ بالشفعة لم يكن سكوته عن الطلب تسليما للشفعة فبقى حق الصغير

فى الشفعة يأخذه اذا بلغ والله سبحانه وتعالى أعلم
﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يتأكد به حق الشفعة ويستقر فنقول وبالله تعالى التوفيق انه يتأكد ويستقر بالطلب والكلام فى الطلب فى مواضع فى بيان وقت الطلب وفى بيان شرطه وفى بيان كيفيته وفى بيان حكمه (أما) وقته فالطلب نوعان طلب مواثبة وطلب تقرير (أما) طلب المواثبة فوقته وقت علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل شفعته لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد والعدالة اختلف أصحابنا رحمهم الله فيه فقال أبو حنيفة رضى الله عنه يشترط أحد هذين اما العدد فى المخبر رجلان أو رجل وامرأتان واما العدالة وقال أبو يوسف ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان أو فاسقا حرا أو عبدا مأذونا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الاصل أو لم يطلب فى المجلس على رواية محمد بطلت شفعته عندهما اذا ظهر كون الخبر صدقا وهذا على اختلافهم عن عزل الوكيل وعن جناية العبد وعن عجز المولى على ما ذكر فى كتاب الوكالة فهما يقولان العدد والعدالة ساقطا الاعتبار شرعا فى المعاملات وهذا من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة ولابى حنيفة رضى الله عنه ان هذا اخبار فيه معنى الالزام ألا ترى ان حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فاشبه الشهادة فيعتبر فيه أحد شرطى الشهادة وهو العدد أو العدالة ولو أخبر المشترى الشفيع بنفسه فقال قد اشتريته فلم يطلب شفعته وان لم يكن المشترى عدلا كذا روى عن أبى حنيفة لان المشترى خصم وعدالة الخصم ليست بشرط فى الخصومات وقالوا فى المخيرة اذا بلغها التخيير انه لا يشترط فى المخبر العدد ولا العدالة والفرق لابى حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس فى معنى الشهادة لخلوه عن الزام حكم فلم يعتبر فيه أحد شرطى الشهادة بخلاف الاخبار عن البيع فى باب الشفعة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما شرطه فهو أن يكون على فور العلم بالبيع اذا كان قادرا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة فى رواية الاصل وروى عن محمد رحمه الله انه على المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر لا تبطل شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخى رحمه الله ان هذا أصح الروايتين (وجه) هذه الرواية ان حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج الى التأمل ان هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه هل يتضرر بجوار هذا المشترى فيأخذ بالشفعة أو لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع والحاجة الى التأمل شرط المجلس فى جانب المخيرة والقبول كذا ههنا (وجه) رواية الاصل ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشفعة لمن واثبها وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال انما الشفعة كنشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب وفى بعض الروايات انما الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولانه حق ضعيف متزلزل لثبوته على خلاف القياس اذ الاخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر الا بالطلب على المواثبة (وأما) الاشهاد فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على المواثبة ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى جلت عظمته وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير الانكار لان من الجائز أن المشترى لا يصدق الشفيع فى الطلب أو لا يصدق فى الفور ويكون القول قوله فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضى على تقدير عدم التصديق لانه شرط صحة الطلب ونظيره من أخذ لقطة ليردها على صاحبها فهلكت فى يده لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تبارك وتعالى وانما الحاجة الى الاشهاد عند أبى حنيفة رضى الله عنه لتوثيق الاخذ للرد على تقدير الانكار الا أنه شرط البراءة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها فى ذلك ثم طلب منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا هذا واذا طلب على المواثبة فان كان هناك شهود اشهدهم وتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته من يشهده فبعث فى طلب شهود لم تبطل شفعته لما قلنا أن الاشهاد لاظهار الطلب عند الحاجة لكن يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور

فبطلت الشهادة على الفور ضرورة وعلى رواية المجلس اذا قال وهو فى المجلس ادعوا الى شهود أشهدهم فجاء الشهود فاشهدهم صح وتوثق الطلب لان المجلس قائم ولو أخبر ببيع الدار فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتها أو سبحان الله قد ادعيت شفعتها فهو على شفعته على رواية محمد لان هذا ذكر لافتتاح الكلام تبركا به فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب وكذا اذا سلم أو شمت العاطس لان ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض ولهذا لم يبطل به خيار المخيرة وكذلك اذا قال من ابتاعها و بكم بيعت لان الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون غيره وقد تصلح له الدار بثمن دون غيره فكان السؤال عن حال الجار ومقدار الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضاً عنه وهذا كله على رواية اعتبار المجلس فاما على رواية اعتبار الفور تبطل شفعته فى هذه المواضع لانقطاع الفور من غير ضرورة ولو أخبر بالبيع وهو فى الصلاة فمضى فيها فالشفيع لا يخلو من أن يكون فى الفرض أو فى الواجب أو فى السنة أو فى النفل المطلق فان كان فى الفرض لا تبطل شفعته لان قطعها حرام فكان معذوراً فى ترك الطلب وكذا اذا كان فى الواجب لان الواجب ملحق بالفرض فى حق العمل وان كان فى السنة فكذلك لان هذه السنن الراتبة فى معنى الواجب سواء كانت السنة ركعتين أو أربعاً كالاربع قبل الظهر حتى لو اخبر بعد ما صلى ركعتين فوصل بهما الشفع الثانى لم تبطل شفعته لانها بمنزلة صلاة واحدة واجبة وقال محمد اذا بلغ الشفيع البيع فصلى بعد الجمعة أربعاً لم تبطل شفعته وان صلى أكثر من ذلك بطلت شفعته لان الاربع بتسليمة واحدة سنة فصار كالركعتين والزيادة عليها ليست بسنة وذكر محمد رحمه الله فى المخيرة اذا كانت فى صلاة النفل فزادت على ركعتين بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة والغائب اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر فى الطلب والاشهاد لانه قادر على الطلب الذى يتأكد به الحق وعلى الاشهاد الذى يتوثق به الطلب ولو وكل الغائب رجلا ليأخذ له بالشفعة فذلك طلب منه لان فى التوكيل طلباً وزيادة واذا طلب الغائب على المواثبة وأشهد فله بعد ذلك من الاجل مقدار المسافة التى يأتى الى حيث البائع أو المشترى أو الدار لا زيادة عليه لان تأجيل هذا القدر للضرورة ولا ضرورة للزيادة (أما) طلب التقرير فشرطه أن يكون على فور الطلب الاول والاشهاد عليه فاذا طلب على المواثبة وأشهد على فوره ذلك شخصاً الى حيث البائع أو المشترى أو الدار اذا كان قادراً عليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع فالشفيع بالخيار ان شاء طلب من البائع وان شاء طلب من المشترى وان شاء طلب عند الدار (أما) الطلب من البائع والمشترى فلان كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشترى بالملك فكان كل واحد منهما خصما فصح الطلب من كل واحد منهما (وأما) الطلب عند الدار فلان الحق متعلق بها فان سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته لانه فرط فى الطلب وان كان فى يد المشترى فان شاء طلب من المشترى وان شاء عند الدار ولا يطلب من البائع لانه خرج من أن يكون خصما لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الاجنبى ولو لم يطلب من المشترى ولا عند الدار وشخص الى البائع للطلب منه والاشهاد بطلت شفعته لوجود دليل الاعراض وفى الحقيقة لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البائع والمشترى فى غير الموضع الذى فيه الدار فليس على الشفيع أن يأتيهما ولكنه يطلب عند الدار ويشهد عليه لان الشفيع اذا كان بجنب الدار والعاقدان غائبان تعينت الدار للطلب عندها والاشهاد فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعته لوجود الاعراض عن الطلب هذا اذا كان قادراً على الطلب من المشترى أو البائع أو عند الدار فاما اذا كان هناك حائل بأن كان بينهما نهر مخوف أو أرض مسبعة أو غير ذلك من الموانع لا تبطل شفعته بترك المواثبة الى ان يزول الحائل (وأما) الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما ليس بشرط لصحة طلب المواثبة وانما هو لتوثيقه على تقدير الانكار كما فى الطلب الاول وكذا تسمية المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوماً الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه (وأما) بيان كيفية الطلب فقد اختلف فيه

عبارات

عبارات المشايخ عن محمد بن مقاتل الرازى رحمه الله ان الشفيع يقول طلبت الشفعة وأطلبها وأنا طالبها وعن محمد بن سلمة رضى الله عنه انه كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله انه لا يراعى فيه ألفاظ الطلب بل لو أتى بلفظ يدل على الطلب أى لفظ كان يكفى نحو أن يقول ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه سواء كان بلفظ الطلب أو بغيره (وأما) حكم الطلب فهو استقرار الحق فالشفيع اذا أتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة بالاخذ بالشفعة أبداً حتى يسقطها بلسانه وهو قول أبى حنيفة واحدى الروايتين عن أبى يوسف وفى رواية أخرى قال اذا ترك المخاصمة الى القاضى فى زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يؤقت فيه وقتا وروى عنه انه قدره بما يراه القاضى وقال محمد وزفر رحمهما الله اذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته وهو رواية عن أبى يوسف أيضا (وجه) قول محمد وزفر ان حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفى ابقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً اضرار بالمشترى لانه لا يبنى ولا يغرس خوفا من النقض والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به فقدرنا بالشهر لانه أدنى الآجال فاذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط فى الطلب فتبطل شفعته (وجه) قول أبى حنيفة عليه الرحمة ان الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والاصل ان الحق متى ثبت لانسان لا يبطل الا بابطال ولم يوجد لان تأخير المطالبة منه لا يكون ابطالا كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون وقوله يتضرر المشترى ممنوع فانه اذا علم ان للشفيع أن يأخذ بالشفعة فالظاهر أن يمتنع من البناء والغرس خوفا من النقض والقلع فلئن فعل فهو الذى أضر بنفسه فلا يضاف ذلك الى الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بغيبة الشفيع ولا يقال ان فيه ضررا بالمشترى بالامتناع من البناء والغرس لما قلنا كذا هذا

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة أما الاول فنحو أن يقول الشفيع ابطلت الشفعة أو اسقطتها أو أبرأتك عنها أو سلمتها ونحو ذلك لان الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء واسقاطا كالابراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع لان هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوى فيه العلم والجهل كالطلاق والابراء عن الحقوق بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا العلم والفرق يذكر بعد هذا ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط الحق واسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال ولو أخبر بالبيع بقدر من الثمن أو جنس منه أو من فلان فسلم فظهر بخلافه هل يصح تسليمه فالاصل فى جنس هذه المسائل انه ينظر ان كان لا يختلف غرض الشفيع فى التسليم صح التسليم وبطلت شفعته وان كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته لان غرضه فى التسليم اذا لم يختلف بين ما أخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح واذا اختلف غرضه فى التسليم لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا فى مسائل اذا أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بألفين فلا شفعة له لان تسليمه كان لاستكثاره الثمن فاذا لم تصلح له بأقل الثمنين فبأكثرهما أولى فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفعته ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسمائة فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على التسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقى على شفعته ولو أخبر انها بيعت بألف درهم ثم تبين انها بيعت بمائة دينار فان كانت قيمتها ألفا أو أكثر فلا شفعة له وان كانت أقل فهو على شفعته عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وقال زفر رحمه الله له الشفعة فى الوجهين جميعا (وجه) قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة واعتبار الحقائق هو الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر عليه الآخر فلم يقع

التسليم محصلا لغرضه فيبقى على شفعته كما لو أخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة (ولنا) ان الدراهم والدنانير فى حق الثمنية كجنس واحد لانهما أثمان الاشياء وقيمتها تقوم الاشياء بهما تقويما واحداً أعنى انها تقوم بهذا مرة وبذاك أخرى وانما يختلفان فى القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتهما فى الكثرة والقلة كما اذا أخبر انها بيعت بألف درهم أو بمائة دينار فسلم ثم تبين انها بيعت بأكثر أو بأقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما اذا أخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة أو أقل أو أكثر لان هناك اختلف اذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الاطلاق واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصح التسليم ولو أخبر انها بيعت بألف درهم فسلم ثم تبين انها بيعت بمكيل أو بموزون سوى الدراهم والدنانير أو عددى متقارب فالشفعة قائمة لان الثمن الذى وقع به البيع اذا كان من ذوات الامثال فالشفيع يأخذ بمثله وانه جنس آخر غير الجنس الذى أخبر به الشفيع فاختلف الغرض ولو أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بعرض وما ليس من ذوات الامثال فان كانت قيمته مثل الالف أو أكثر صح تسليمه وان كانت أقل لم يصح تسليمه وله الشفعة لان الشفيع ههنا يأخذ الدار بقيمة العرض لانه لا مثل له وقيمته دراهم أو دنانير فكان الاختلاف راجعاً الى القدر فأشبه الالف والالفين والالف وخمسمائة على ما مر ولو أخبر بشراء نصف الدار فسلم ثم تبين انه اشترى الجميع فله الشفعة ولو أخبر بشراء الجميع فسلم ثم تبين انه اشترى النصف فالتسليم جائز ولا شفعة له هذا هو الرواية المشهورة فى الفصلين وقد روى الجواب فيهما على القلب وهو ان التسليم فى النصف يكون تسليما فى الكل والتسليم فى الكل لا يكون تسليما فى النصف (وجه) هذه الرواية ان تسليم النصف لعجزه عن الثمن ومن عجز عن القليل كان عن الكثير أعجز فأما العجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل (وجه) الرواية المشهورة ان التسليم فى النصف للاحتراز عن الضرر وهو ضرر الشركة وهذا لا يوجد فى الكل فاختلف الغرض فلم يصح التسليم فبقى على شفعته واذا صح تسليم الكل فقد سلم البعض ضرورة لانه داخل فى الكل فصار بتسليم الكل مسلماً للنصف لان الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الاولى ولو أخبر ان المشترى زيد فسلم ثم تبين انه عمرو فهو على شفعته لان التسليم للامن عن الضرر والامن عن ضرر زيد لا يدل على الامن عن ضرر عمرو لتفاوت الناس فى الجوار ولو أخبر ان المشترى زيد فسلم ثم تبين انه زيد وعمرو كان له أن يأخذ نصيب عمرو لانه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقى له الشفعة فى نصيبه ولو أخبر ان الدار بيعت بألف درهم فسلم ثم ان البائع حط عن المشترى خمسمائة وقبل المشترى الحط كان له الشفعة لان الحط يلتحق بأصل العقد فتبين ان البيع كان بخمسمائة فصار كما اذا أخبر انها بيعت بألف فسلم ثم تبين انها بيعت بخمسمائة ولو لم يقبل الحط لم تجب الشفعة لان الحط لم يصح اذا لم يقبل فلم تبين انها بيعت بأنقص من الف فلم تجب الشفعة ولو باع الشفيع داره التى يشفع بها بعد شراء المشترى هل تبطل شفعته فهذا لا يخلو اما ان كان البيع باتا واما ان كان فيه شرط الخيار فان كان باتاً لا يخلو اما ان باع كل الدار واما ان باع جزأ منها فان باع كلها بطلت شفعته لان سبب الحق هو جوار الملك وقد زال سواء علم بالشراء أو لم يعلم لان هذا فى معنى صريح الاسقاط لان ابطال سبب الحق ابطال الحق فيستوى فيه العلم والجهل فان رجعت الدار الى ملكه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو بخيار شرط للمشترى فليس له أن يأخذ بالشفعة لان الحق قد بطل فلا يعود الا بسبب جديد وكذلك لو باعها الشفيع بيعاً فاسداً وقبضها المشترى بطلت شفعته لزوال سبب الحق وهو جوار الملك فان نقض البيع فلا شفعة له لما ذكرنا ان الحق بعد ما بطل لا يعود الا بسبب جديد وان باع جزأ من داره فان باع جزأ شائعاً منها فله الشفعة بما بقى لان ما بقى يصلح لاستحقاق الشفعة ابتداء فأولى أن يصلح للبقاء لان البقاء أسهل من الابتداء وان باع جزأ معيناً بيتاً أو حجرة فان كان ذلك لا يلى الدار التى فيها الشفعة فكذلك لان السبب وهو جوار الملك قائم وان كان مما يلى تلك الدار فان استغرق حدود الدار التى فيها الشفعة بطلت الشفعة لان الجوار قد زال وان بقى من حدها شىء ملاصق لما بقى من الدار فهو على شفعته لما ذكرنا ان

هذا

هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتداء فلان يصلح لبقاء المستحق أولى وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبائع وهو الشفيع فهو على شفعته مالم يوجب البيع لان السبب وهو جوار الملك قائم لان خيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة فى مدة الخيار كان ذلك منه نقضاً للبيع لان طلب الشفعة دليل استبقاء الملك فى المبيع وذلك اسقاط للخيار ونقض للبيع وان كان الخيار للمشترى بطلت شفعته لان الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك وان كان الشفيع شريكاً وجاراً فباع نصيبه الذى يشفع به كان له أن يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل أحد السببين وهو الشركة فقد بقى الآخر وهو الجوار ولهذا استحق به ابتداء فلان يبقى به الاستحقاق أولى ولو صالح المشترى الشفيع من الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق فى المحل لان الثابت للشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك وانها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض وأما بطلان حق الشفيع فى الشفعة فلانه أسقطه بالصلح فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف على العوض بل هو شئ من الاموال لا يصلح عوضاً عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلى هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بألف درهم فقالت اخترتك لم يجب العوض وبطل خيارها وكذلك العنين اذا قال لامرأته بعد ما اخبرت بسبب العنة اختارى ترك الفسخ بالعنة بألف فقالت اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض وفى الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض روايتان فى رواية لا يجب العوض وتبطل الكفالة كما فى الشفعة وفى رواية لا تبطل الكفالة (وجه) الرواية الاولى انه أسقط الكفالة بعوض فالاعتياض ان لم يصح فالاسقاط صحيح لان صحته لا تقف على العوض (وجه) الرواية الاخرى انه ما رضى بالسقوط الا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط وأما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وحكمه للمشترى وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضاً وذلك نحو ما اذا علم بالشراء فترك الطلب على الفور من غير عذر أو قام عن المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر على اختلاف الروايتين لان ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشترى أو سأله أن يوليه اياها أو استأجرها الشفيع من المشترى أو أخذها مزارعة أو معاملة وذلك كله بعد علمه بالشراء لان ذلك كله دليل الرضا أما المساومة فلانها طلب تمليك بعقد جديد وانه دليل الرضا بملك المتملك وكذلك التولية لانها تملك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وانها دليل الرضا بملك المتملك وأما الاستئجار والاخذ معاملة أو مزارعة فلانها تقرير لملك المشترى فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا وبين الفصل الاول حيث شرط ههنا علم الشفيع بالشراء لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما كان كذلك لان السقوط فى الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف فى نفس الحق فيستدعى ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والابراء عن الديون والسقوط ههنا بطريق الدلالة وهى دلالة الرضا لا بالتصرف فى محل الحق بل فى محل آخر والتصرف فى محل آخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالبيع اذ الرضا بالشئ بدون العلم به محال والله عز وجل أعلم ولو سلم الشفعة فى النصف بطلت فى الكل لانه لما سلم فى النصف بطل حقه فى النصف المسلم فيه بصريح الاسقاط وبطل حقه فى النصف الباقى لانه لا يملك تفريق الصفقة على المشترى فبطلت شفعته فى الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليما منه للشفعة فى الكل اختلف فيه أبو يوسف ومحمد قال أبو يوسف لا يكون تسليما وقال محمد يكون تسليما فى الكل الا أن يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشترى فقال له حينئذ اعطنى نصفها على أن أسلم لك النصف الباقى فان هذا لا يكون تسليما (وجه) قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد أبطل حقه فى النصف الآخر لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه فيبطل حقه فى النصف المطلوب ضرورة تعذر تفريق الصفقة على المشترى بخلاف ما اذا كان سبق منه الطلب فى الكل لانه لما طلب

فى الكل فقد تقرر حقه فى الكل ولم يكن قوله بعد ذلك أعطنى النصف على أن أسلم لك النصف الباقى تسليما بخلاف ماإذا قال ابتداء لان الحق لم يتقرر بعد (وجه) قول أبى يوسف ان الحق ثبت له فى كل الدار والحق اذا ثبت لا يسقط الا بالاسقاط ولم يوجد فبقى كما كان ان شاء أخذ الكل بالشفعة وان شاء ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا انه وجد منه الاسقاط فى النصف الذى لم يطلبه من طريق الدلالة على ما بينا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الضرورى فنحو أن يموت الشفيع بعد الطلبين قبل الاخذ بالشفعة فتبطل شفعته وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تبطل ولوارثه حق الاخذ ولقب المسئلة ان خيار الشفعة هل يورث عندنا لا يورث وعنده يورث والكلام فيه من الجانبين على نحو الكلام فى خيار الشرط وسيأتى ذكره فى كتاب البيوع ولا يبطل بموت المشترى وللشفيع أن يأخذ من وارثه لان الشفعة حق على المشترى ألا ترى انه مجبور عليه فى التملك فلا يسقط بموته كحق الرد بالعيب والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله التوفيق المشفوع فيه يملك بالتملك وهو تفسير الاخذ بالشفعة فلا ملك للشفيع قبل الاخذ بل له حق الاخذ والتملك قبل الاخذ للمشترى لوجود سبب الملك فيه وهو الشراء فله أن يبنى ويغرس ويهدم ويقلع ويؤاجر ويطيب له الاجر ويأكل من ثمار الكرم ونحو ذلك وكذا له أن يبيع ويهب ويوصى واذا فعل ينفذ الا أن للشفيع أن ينقض ذلك بالاخذ بالشفعة لان حقه سابق على تصرف المشترى فيمتنع اللزوم ولو جعل المشترى الدار مسجدا أو مقبرة فللشفيع أن يأخذها بالشفعة وينقض ماصنع المشترى كذا ذكر فى الاصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفعته (وجه) قوله ان المشترى تصرف فى ملك نفسه فينفذ كما لو باع الا أن البيع ونحوه مما يحتمل النقض بعد وجوده فنقذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض كالاعتاق فكان نفاذها لزومها ولنا أن تعلق حق الشفيع بالمبيع يمنع من صيرورته مسجدا لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى وتعلق حق العبد به يمنع خلوصه لله عز وجل فيمنع صيرورته مسجدا وله أن يأخذ الدار المشتراة بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك أو الشركة فى ملك المبيع وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فبيعت دار الى جنب هذه الدار فطالب المشترى بالشفعة وقضى له بها ثم حضر الشفيع يقضى له بالدار التى بجواره ويمضى القضاء فى الثانية للمشترى أما للشفيع فظاهر وأما للمشترى فلان الجوار كان ثابتا له وقت البيع والقضاء بالشفعة الا أنه بطل بعد ذلك بأخذ الشفيع للدار بالشفعة وهذا لا يوجب بطلان القضاء لانه تبين ان جوار الملك لم يكن ثابتا كمن اشترى دارا ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم باع داره التى بها يشفع انه لا يبطل القضاء بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان الشفيع جار الدارين فالمسئلة بحالها فيقضى له بكل الدار الاولى وبالنصف من الثانية لانه جار خاص للدار الاولى فيختص بشفعتها وهو مع المشترى جاران للدار الثانية فيشتركان فى شفعتها وشراء المشترى لا يبطل حقه فى الشفعة ولانه لا ينافيه بل يقرره على ما بينا فيما تقدم وروى عن أبى يوسف رحمه الله فيمن اشترى نصف دار ثم اشترى رجل آخر نصفها الآخر فخاصمه المشترى الاول فيقضى له بالشفعة بالشركة ثم خاصمه الجار فى الشفعتين جميعا ان الجار أحق بشفعة النصف الاول ولا حق له فى النصف الثانى لانه جار للنصف الاول فيأخذه بالجوار والمشترى شريك عند بيع النصف الثانى لثبوت الملك له فى النصف الاول بسبب الشراء وثبوت الحق للشفيع فى النصف الاول لا يمنع ثبوت الملك للمشترى فيه فكان شريكا عند بيع النصف الثانى والشريك مقدم على الجار وكذلك لو اشترى نصفها ثم اشترى نصفها الآخر رجل آخر فلم يخاصمه فيه حتى أخذ الجار النصف الاول فالجار أحق بالنصف الثانى لان الملك وان ثبت للمشترى الاول فى النصف الاول لكنه قد بطل بأخذ الجار بالشفعة فبطل حقه فى الشفعة ولو ورث رجل داراً فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ثم بيعت دار الى جنب الثانية فأخذها بالشفعة ثم استحقت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة فان المستحق يأخذ الدار الثانية والوارث أحق بالثالثة لان بالاستحقاق تبين أن الدار التى يشفع بها الوارث كانت ملك المستحق فتبين انه أخذ الثانية بغير حق اذ تبين انه لم يكن جاراً فكانت الشفعة فى الثانية للمستحق والوارث

يكون

يكون أحق بالثالثة لان الملك كان ثابتا للوارث عند بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتا له عنده ثم بطل الاستحقاق و بطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس للشفيع أن ينقض قسمة المشترى حتى لو اشترى نصف دار من رجل مشاعا وقاسم المشترى البائع ثم حضر الشفيع فالقسمة ماضية ليس للشفيع أن ينقضها ليأخذ نصفها مشاعا سواء كانت قسمته بقضاء أو بغير قضاء لان القسمة من تمام القبض ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لان القبض شرط صحة الهبة والقبض على التمام لا يتحقق مع الشياع واذا كانت القسمة من تمام القبض فالشفيع لا يملك نقض القبض بأن اشترى دارا وقبضها ثم حضر الشفيع وأراد أن ينقض قبضه ليأخذها من البائع لم يملك ذلك واذا لم يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض وهو القسمة بخلاف ما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع أحدهما نصيبه من رجل فقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع ثم حضر الشفيع له أن ينقض القسمة لان القسمة هناك ليست من جملة القبض لانها من حكم البيع الاول اذ البيع الاول كما أوجب الملك أوجب القسمة فى المشاع والبيع الاول لم يقع مع هذا المشترى الذى قاسم فلم تكن هذه القسمة بحكم العقد بل بحكم الملك والتصرف بحكم الملك يملك الشفيع نقضه كالبيع والهبة وللشفيع أن يأخذ النصف الذى أصاب المشترى بالشفعة سواء وقع نصيب المشترى من جانب الشفيع أو من جانب آخر لان الشفعة وجبت له فى النصف المشترى والنصف الذى أصاب المشترى هو المشترى لان القسمة افراز ولو وقع نصيب البائع من جانب الشفيع فباعه بعد القسمة قبل طلب الشفيع الشفعة الاولى ثم طلب الشفيع فان قضى القاضى بالشفعة الاخيرة جعل نصف البائع بين الشفيع و بين المشترى وقضى بالشفعة الاولى وهى نصف المشترى للشفيع لان الشفيع مع المشترى جاران لنصف البائع والشفيع جار خاص لنصف المشترى ولو بدأ فقضى للشفيع بالشفعة الاولى قضى له بالاخيرة أيضا لانه لما قضى له بالشفعة الاولى بطل حق جوار المشترى فلم يبق له حق الاخذ بالشفعة وللشفيع أن يرد المشفوع فيه بخيار الرؤية والعيب وللمشترى حق الحبس لاستيفاء الثمن لان الملك فيه لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الاخذ بالشفعة شراء فيراعى فيه أحكام البيع والشراء والله سبحانه وتعالى أعلم

*(فصل)* وأما بيان طريق التملك بالشفعة و بيان كيفيته فالتملك بالشفعة يكون بأحد طريقين اما بتسليم المشترى واما بقضاء القاضى أما التملك بالتسليم بالبيع فظاهر لان الاخذ بتسليم المشترى برضاه ببدل يبدله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك وأما بقضاء القاضى فالكلام فيه فى ثلاثة مواضع فى بيان كيفية التملك بالقضاء بالشفعة وفى بيان شرط جواز القضاء بالشفعة وفى بيان وقت القضاء بالشفعة أما الاول فالمبيع لا يخلو اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع ذكر الكرخى رحمه الله أن القاضى اذا قضى بالشفعة ينتقض البيع الذى كان بين البائع و بين المشترى فى المشهور من قولهم وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا ينتقض واختلف المشايخ فيه قال بعضهم البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة الى الشفيع وقال بعضهم ينتقض البيع الذى جرى بين البائع والمشترى و ينعقد للشفيع بيع آخر كانه كان من البائع ايجابان أحدهما مع المشترى والآخر مع الشفيع فاذا قضى القاضى بالشفعة فقد قبل الشفيع الايجاب الذى أضيف اليه وانتقض ما أضيف الى المشترى سواء قبل المشترى الايجاب المضاف اليه أو لم يقبل (وجه) قول من قال بالتحول لا بالانتقاض أن البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه من شرائط وجوب الشفعة فاذا انتقض لم يجب فتعذر الاخذ (وجه) قول من قال انه ينتقض نص محمد والمعقول والاحكام أما الاول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال انتقض البيع فيما بين البائع والمشترى وهذا نص فى الباب وأما المعقول فمن وجهين أحدهما أن القاضى اذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشترى عن قبض المبيع والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة كما اذا هلك المبيع قبل القبض والثانى أن الملك قبل الاخذ بالشفعة للمشترى لوجود آثار الملك فى حقه على ما بينا فيما تقدم ولو تحول الملك الى الشفيع لم يثبت الملك للمشترى وأما الاحكام

فان للشفيع أن يرد الدار على من أخذها منه بخيار الرؤية واذا رد عليه لا يعود شراء المشترى ولو تحولت الصفقة الى الشفيع لعاد شراء المشترى لان التحول كان لضرورة مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغى أن يعود الشراء ولانها لو تحولت اليه لصار المشترى وكيلا للشفيع لان عقده يقع له ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الرؤية اذا كان المشترى رآها قبل ذلك و رضى بها لان خيار الرؤية يبطل برؤية الوكيل ورضاه وكذلك لو كان الشراء بثمن مؤجل فاراد الشفيع أن يأخذها للحال يأخذ بثمن حال ولو تحولت الصفقه اليه لاخذها بثمن مؤجل وكذا لو اشتراها على أن البائع برىء من كل عيب بها عند البيع ثم أخذها الشفيع فوجد بها عيبا فله أن يردها على من أخذها منه ولو تحولت تلك الصفقة الى الشفيع لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشترى فدلت هذه المسائل على أن شراء المشترى ينتقض و يأخذها الشفيع بشراء مبتدأ بعد ايجاب مبتدأ مضاف اليه وقد خرج الجواب عن قولهم أن البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه لا يأخذ بذلك العقد لانتقاضه بل بعقد مبتدأ مقرر بين البائع و بين الشفيع على ما بينا تقريره والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المبيع فى يد المشترى أخذه منه ودفع الثمن الى المشترى والبيع الاول صحيح لان التملك وقع على المشترى فيجعل كانه اشترى منه ثم اذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن الى البائع وكانت العهدة عليه و يسترد المشترى الثمن من البائع ان كان قد نقد وان أخذها من يد المشترى دفع الثمن الى المشترى وكانت العهدة عليه لان العهدة هى حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبض الثمن و روى عن أبى يوسف رحمه الله أن المشترى اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضى للشفيع بحضر منهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع و ينقد الثمن للمشترى والعهدة على المشترى وان كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن الى البائع والعهدة على البائع لانه اذا كان نقد الثمن للبائع فالملك لا يقع على البائع أصلا لانه لا ملك له ولا يد أيضا لبطلان حق الحبس بنقد الثمن بل يقع على المشترى فيكون الثمن له والعهدة عليه واذا كان لم ينقد فللبائع حق الحبس فلا يتمكن الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الى البائع فكانت العهدة على البائع وأما شرط جواز القضاء بالشفعة فحضرة المقضى عليه لان القضاء على الغائب لا يجوز وجملة الكلام فيه أن المبيع اما أن يكون فى يد البائع واما أن يكون فى يد المشترى فان كان فى يد البائع فلا بد من حضرة البائع والمشترى جميعا لان كل واحد منهما خصم أما البائع فباليد وأما المشترى فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط حضرتهما لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر وأما ان كان فى يد المشترى فحضرة البائع ليست بشرط و يكتفى بحضرة المشترى لان البائع خرج من أن يكون خصما لزوال ملكه و يده عن المبيع فصار كالاجنبى وكذا حضرة الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء له بالشفعة لان القضاء على الغائب كما لا يجوز فالقضاء للغائب لا يجوز أيضا ثم القاضى اذا قضى بالشفعة يثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم لان الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه وأما وقت القضاء بالشفعه فوقته وقت المنازعة والمطالبة بها فاذا طالبه بها الشفيع يقضى القاضى له بالشفعة سواء حضر الثمن أولا فى ظاهر الرواية وللمشترى أن يحبس الدار حتى يستوفى الثمن من الشفيع وكذا الورثة لان التملك بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى وللبائع حق حبس المبيع لاستيفاء الثمن فان أبى أن ينقد حبسه القاضى لانه ظهر ظلمه بالامتناع من ايفاء حق واجب عليه فيحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشترى اذا امتنع من ايفاء الثمن انه يحبس ولا ينقض البيع وان طلب أجلا لنقد الثمن أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام لانه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهله ولا يحبسه لان الحبس جزاء الظلم بالمطل ولم يظهر مطله فان مضى الاجل ولم ينقد حبسه وقال محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال فان طلب أجلا أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة فان قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه وهذا عندى ليس باختلاف على الحقيقة وللقاضى أن يقضى بالشفعة قبل احضار الثمن بلا خلاف لان لفظ محمد رحمه الله ليس ينبغى للقاضى أن يقضى بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال لا يدل على أنه ليس له أن يقضى بل هو اشارة الى نوع احتياط

محل

واختيار الاول لاتستعمل لفظة لا ينبغى الا فى مثله ولهذا لوقضى جاز ونفذ قضاؤه نص عليه محمد وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد ولان القضاء بمذهب المخالف فى المجتهدات انما ينفذ بشريطة اعتقاد اصابته فيه وافضاء اجتهاده اليه وقد أطلق القضية فى النفاذ من غير هذا الشرط فدل انه لاخلاف فى المسئلة على التحقيق ثم ان ثبت الخلاف (فوجه) قول محمد ان حق الشفعة انما يثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضاء قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشترى لاحتمال افلاس الشفيع ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض فلا يقضى قبل الاحضار ولكن يؤجله يومين أو ثلاثة ان طلب التأجيل تمكيناله من نقد الثمن (وجه) ظاهر الرواية ان الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة كان اشتراه منه والتملك بالشراء لا يقف على احضار الثمن كما فى الشراء المبتدأ وقال محمد رحمه الله لو ضرب له القاضى أجلا فقال له ان لم تأت بالثمن الى وقت كذا فلا شفعة لك فلم يأت به بطلت شفعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم أعطك الثمن الى وقت كذا فأنا برىء من الشفعة لان هذا تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان أحدهما رضا المشترى أو قضاء القاضى لان تملك مال الغير مما لا سبيل اليه فى الشرع الا بالتراضى أو بقضاء القاضى فلا يثبت التملك بدونهما والثانى أن لا يتضمن التملك تفريق الصفقة على المشترى فان تضمن ليس له أن يتملك لان فى التفريق ضرراً بالمشترى وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلى هذا يخرج ما اذا أراد الشفيع أن يأخذ بعض المشترى بالشفعة دون بعض أنه هل يملك ذلك فجملة الكلام فيه ان المشترى لا يخلو اما أن يكون بعضه ممتازاً عن البعض واما أن لا يكون فان لم يكن بأن اشترى داراً واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ بعضها بالشفعة دون البعض أو يأخذ الجانب الذى يلى الدار دون الباقى ليس له ذلك بلا خلاف بين أصحابنا ولكن يأخذ الكل أو يدع لانه لو أخذ البعض دون البعض لتفرقت الصفقة على المشترى لان الملك له فى كل الدار ثبت بقول واحد فكان أخذ البعض تفريقاً فلا يملكه الشفيع وسواء أشترى واحد من واحد أو واحد من اثنين أو أكثر حتى لو أراد الشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين ليس له لما قلنا سواء كان المشترى قبض أو لم يقبض فى ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عنهم أن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد البائعين قبل القبض وليس له أن يأخذ من المشترى نصيب أحدهما بعد القبض (وجه) هذه الرواية ان التملك قبل القبض لا يتضمن معنى التفريق لان التملك يقع على البائع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض لان التملك بعد القبض يقع على المشترى ألا ترى ان العهدة عليه وفيه تفريق ملكه والصحيح جواب الرواية لان الملك قبل القبض للمشترى بصفقة واحدة فبملك نصيب أحد البائعين تفريق ملكه فيلزمه ضرر الشركة ولو اشترى رجلان من رجل داراً فللشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين فى قولهم جميعاً لان الاخذ هنا لا يتضمن التفريق لان الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها اذ الملك فى نصيب كل واحد منهما ثبت بقوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الاخذ تفريقاً لحصول التفريق قبله وسواء كان بعد القبض أو قبله فى ظاهر الرواية وروى انه ليس للشفيع أن يأخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له أن يأخذ نصيب أحد المشتريين (وجه) هذه الرواية ان أخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد على البائع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع على البائع وانه لا يجوز ألا ترى ان أحد المشتريين لو أراد أن يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك (وجه) ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفقة حصلت متفرقة من الابتداء فلا يكون أخذ البعض تفريقاً لحصول التفريق قبل الاخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع تملك نصيب أحد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتى لو نقد الثمن ليس له أن يقبض أحد النصفين ما لم ينقد الآخر كيلا يتفرق القبض وسواء سمى لكل نصف ثمنا على حدة أو سمى للجملة ثمناً واحداً فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده لان المانع من التفريق هو الضرر والضرر

ينشأ عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن وسواء كان المشتري عاقداً لنفسه أو لغيره في الفصلين جميعاً حتى لو وكل رجلان جميعاً رجلا واحداً بالشراء فاشترى الوكيل من رجلين فجاء الشفيع ليس له أن يأخذ نصيب أحد البائعين بالشفعة ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد فللشفيع أن يأخذ ما اشتراه أحد الوكيلين وكذا لو كان الوكلاء عشرة اشتروا الرجل واحد فللشفيع أن يأخذ من واحد أو من اثنين أو من ثلاثة قال محمد رحمه الله وانما أنظر في هذا الى المشترى ولا أنظر الى المشترى له وهو نظر صحيح لان الاخذ بالشفعة من حقوق البيع وانها راجعة الى الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان المشترى بعضه ممتازاً عن البعض بأن اشترى دارين صفقة واحدة فأراد الشفيع أن يأخذ احداهما دون الاخرى فان كان شفيعا لهما جميعاً فليس له ذلك ولكن يأخذهما جميعاً أو يدعهما وهذا قول أصحابنا الثلاثة رضي الله تعالى عنهم وقال زفر رحمه الله له أن يأخذ احداهما بحصتها من الثمن (وجه) قوله ان المانع من أخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم يوجد ههنا لانفصال كل واحدة من الدارين عن الاخرى (ولنا) ان الصفقة وقعت مجتمعة لان المشترى ملك الدارين بقبول واحد فلا يملك الشفيع تفريقها كما في الدار الواحدة وقوله ليس فيه ضرر الشركة مسلم لكن فيه ضرر آخر وهو ان الجمع بين الجيد والردىء في الصفقة معتاد فيما بين الناس فلو ثبت له حق أخذ أحدهما لاخذ الجيد فيتضرر له المشترى لان الردىء لا يشترى وحده بمثل ما يشترى مع الجيد فيتضرر به وسواء كانت الداران متلاصقتين أو متفرقتين في مصر واحد أو مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعنى في الجانبين فان كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الاخرى ووقع البيع صفقة واحدة فهل له أن يأخذ الكل بالشفعة روى عن أبي حنيفة انه ليس له أن يأخذ الا التي تجاوره بالحصة وكذا روى عن محمد في الدارين المتلاصقين اذا كان الشفيع جاراً لاحداهما انه ليس له الشفعة الا فيما يليه وكذا قال محمد في الاقرحة المتلاصقة وواحد منها يلي أرض انسان وليس بين الاقرحة طريق ولا نهر انما هي مسناة انه لا شفعة له الا في القراح الذي يليه خاصة وكذلك في القرية اذا بيعت بدورها وأراضيها ان لكل شفيع أن يأخذ القراح الذي يليه خاصة وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان للشفيع أن يأخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي رواية الحسن تدل على أن قول أبي حنيفة كان مثل قول محمد رحمه الله ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة (وجه) الرواية الاولى ان سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد في أحدهما وهو ما يليه فلا يملك الا أخذ أحدهما والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكنها أضيفت الى شيئين أحدهما ثبت فيه حق الشفعة والآخر لم يثبت فيه حق الشفعة فله أن يأخذ ما ثبت فيه الحق كما اذا اشترى عقاراً أو منقولا صفقة واحدة انه يأخذ العقار خاصة كذا هذا (وجه) الرواية الاخرى ان سبب الوجوب وان وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل الى أخذه خاصة بدون الباقي لما فيه من تفريق الصفقة فيأخذ ما يليه قضية للسبب ويأخذ الباقي ضرورة التحرز عن تفريق الصفقة

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق ثمن المشترى لا يخلو اما أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون مما لا مثل له كالمزروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب والعبد ونحو ذلك فان كان مما له مثل فالشفيع يأخذ بمثله لان فيه تحقيق معنى الاخذ بالشفعة اذ هو تمليك بمثل ما تملك به المشترى وان كان مما لا مثل له يأخذ بقيمته عند عامة العلماء وقال أهل المدينة يأخذ بقيمة المشترى (وجه) قولهم ان المصير الى قيمة المبيع عند تعذر ايجاب المسمى من الثمن هو الاصل في الشريعة كما في البيع الفاسد وههنا تعذر الاخذ بالمسمى فصار الى قيمة الدار والعقار ولنا ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشترى فان كان الثمن الذي تملك به المشترى من ذوات الامثال كان الاخذ به تملكا بالمثل صورة ومعنى وان لم يكن من ذوات الامثال كان الاخذ بقيمته تملكا بالمثل معنى لان قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين لهذا سميت قيمته لقيامه مقامه فكان مثله معنى وأما قيمة الدار فلا تكون مثل العبد والثوب لا صورة ولا معنى فالتملك بها لا يكون تملكا بالمثل فلا

يتحقق معنى الاخذ بالشفعة ولو تبايعا دارا بدار فلشفيع كل واحدة من الدارين أن يأخذها بقيمتها لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها فيأخذ بقيمتها كالعبد والثوب وعلى هذا يخرج ما لو اشترى داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض بطل البيع فيما بين البائع والمشترى وللشفيع الشفعة وكذلك لو كان المشترى قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك أما بطلان البيع فيما بين البائع والمشترى فلان العرض مبيع اذ المبيع فى الاصل ما يتعين بالتعيين فى البيع والعرض يتعين بالتعيين فى البيع فكان مبيعاً وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن فى ابقاء العقد فائدة فيبطل وأما بقاء الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم فى حقه فكان بقاء العرض فى حق الشفيع وهلاكه بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد لا بما أعطى بدلا من الواجب لما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة يملك بمثل ما يملك به المشترى والمشترى يملك المبيع بالمسمى وهو الواجب بالعقد فيأخذه الشفيع به حتى لو اشترى الدار بالدراهم والدنانير ثم دفع مكانها عرضاً فالشفيع يأخذ بالدراهم والدنانير لا بالعرض لان الدراهم والدنانير هى الواجبة بالعقد وأما العرض فانما أخذه البائع بعقد آخر وهو الاستبدال فلم يكن واجباً بالعقد فصار كان البائع اشترى بالثمن عرضاً ابتداء ثم حضر الشفيع ولو كان كذلك لكان يأخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله عز وجل اعلم ولو زاد المشترى البائع فى الثمن فالزيادة لا تلزم الشفيع لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالعقد والزيادة ما وجبت بالعقد فى حق الشفيع لانعدامها وقت العقد حقيقة الا أنها جعلت موجودة عند العقد فى حق المتعاقدين تصحيحاً لتصرفهما فلا يظهر الوجود فى حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمناً فى حقه بل كانت هبة مبتدأة فلا تتعلق بها الشفعة كالهبة المبتدأة ولو حط البائع عن المشترى أو أبراه عن البعض فالشفيع يأخذ بما بقى لان حط بعض الثمن يلتحق بأصل العقد و يظهر فى حق الشفيع كان العقد ما ورد الا على هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها لا يظهر فى حق الشفيع لما بينا ولان فى تصحيح الزيادة ثمنا فى حق الشفيع ضرراً به ولا ضرر عليه فى الحط ولو حط جميع الثمن يأخذ الشفيع بجميع الثمن ولا يسقط عنه شىء لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعا بلا ثمن فلم يصح الحط فى حق الشفيع والتحق فى حقه بالعدم فيأخذ بجميع الثمن ولا يسقط عنه شىء لان حط كل الثمن لا يلتحق بأصل العقد وصح فى حق المشترى وان كان ابراءله عن الثمن ولو اشترى داراً بثمن مؤجل فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء انتظر مضى الاجل فأخذ عند ذلك وليس له أن يأخذها للحال بثمن مؤجل لان الشفيع انما يأخذ بما وجب بالبيع والاجل لم يجب بالبيع وانما وجب بالشرط والشرط لم يوجد فى حق الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشترى للشفيع بأن اشترى على انه بالخيار لان ثبوته بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراءة عن العيب لا تثبت فى حق الشفيع لان ثبوتها بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا وله أن يمتنع من الاخذ فى الحال لان الشفيع غير مجبور على الاخذ بالشفعة ولو اختار الشفيع أخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبائع على المشترى الى أجل لان الاخذ من المشترى تملك منه بمنزلة التملك المبتدأ كانه اشترى منه فلا يوجب بطلان البيع الاول فبقى الاول على حاله فكان الثمن على حاله الى أجله وروى عن أبى يوسف فى شراء الدار بثمن مؤجل انه يجب على الشفيع ان يطلب عند علمه بالبيع فان سكت الى حين محل الاجل فذلك تسليم منه ثم رجع وقال اذا طلب عند حل الاجل فله الشفعة وان لم يطلب عند علمه بالبيع (وجه) قوله الاول ان وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع لا وقت حل الاجل فقد أخره عن وقته من غير عذر فبطل الحق (وجه) قوله الآخر ان الطلب لا يراد لعينه بل لتأكيد الحق واستقراره والتأكيد لا يراد لنفسه بل لامكان الاخذ وله أن لا يأخذ قبل حل الاجل فله أن لا يطلب قبل حله أيضاً والله تعالى أعلم

❊ فصل ❊ وأما بيان ما يتملك بالشفعة فالذى يتملكه الشفيع بالشفعة هو الذى ملكه المشترى بالشراء سواء ملكه أصلا أو تبعا بعد أن يكون متصلا وقت التملك بالشفعة وذلك نحو البناء والغرس والزرع والثمر وهذا استحسان

والقياس ان لا يؤخذ البناء والغرس والزرع والثمر بالشفعة (وجه) القياس ان الشفيع انما تملك ما يثبت له فيه حق الشفعة وانه يثبت فى العقار لا فى المنقول وهذه الاشياء منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا تملك بالشفعة وخاصة الزرع والثمر لانهما مبيعان ومقصودان لا يدخلان فى العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيهما الأصلا ولا تبعاً ولنا ان الحق اذا ثبت فى العقار يثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشياء تابعة للعقار حالة الاتصال أما البناء والغرس فظاهر ان لان قيامهما بالارض وكذلك الزرع والثمر لان قيام الزرع وقيام الثمر بالشجر وقيام الشجر بالارض فكان تبعا للارض بواسط الشجر فيثبت الحق فيهما تبعا فيملكهما بالشفعة بطريق التبعية الا أنهما لا يدخلان فى العقد الا بالتسمية مع وجود التبعية حقيقة بالنص وهو ما سنروى فى كتاب البيوع عن سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع فادام البناء والشجر متصلا بالارض فللشفيع أن يأخذ الارض معه بالثمن الاول وكذا له أن يأخذ الارض مع الثمر والزرع بالثمن الاول بقلا كان الزرع أو مستحصداً اذا كان متصلا فأما اذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وان كان عينه قائمة سواء كان الزوال بآفة سماوية أو بصنع المشترى أو الاجنبى لان حق الشفعة فى هذه الاشياء انما ثبت معدولا به عن القياس معلولا بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه الى أصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن هذا لا يخلو اما ان كان مما يدخل فى العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه الا بالتسمية فان كان مما يدخل فى العقد من غير تسمية كالبناء والشجر ينظر ان كان زوال الاتصال بآفة سماوية بأن احترق البناء أو غرق أو جف شجر البستان لا يسقط شىء من الثمن والشفيع يأخذ الارض بجميع الثمن ان شاء أخذ وان شاء ترك وكذلك لو انهدمت الدار سواء بقى عين النقض أو هلك كذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره وسوى بينه وبين الغرق والحرق وفرق الكرخى رحمه الله فقال ان احترق أو غرق ولم يبق منه شىء لا يسقط شىء من الثمن وان انهدم يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وسوى بينه وبين ما اذا انهدم بفعل المشترى أو الاجنبى لكنه فرق بينهما من وجه آخر وهو ان هناك تعتبر قيمته متصلا فيقسم الثمن على قيمة البناء مبنياً وعلى قيمة الارض فيأخذ الارض بحصتها من الثمن وههنا يعتبر منفصلا ساقطا ويسقط ذلك القدر من الثمن والصحيح ما ذكره القدورى رحمه الله لان البناء تبع والاتباع لا حصة لها من الثمن الا أن تصير مقصودة بالفعل وهو الاتلاف والقبض ولم يوجد ولهذا لو احترق أو غرق لا يسقط شىء من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشترى أو أجنبى بأن انهدم البناء أو قطع الشجر تسقط حصته من الثمن لانه صار مقصوداً بالاتلاف فصار له حصة من الثمن كاطراف العبد ويقسم الثمن على البناء مبنيا وعلى قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البناء فصار مضمونا عليه بفعله وهو الهدم والهدم صادفه وهو مبنى فتعتبر قيمته مبنيا بخلاف ما اذا انهدم بنفسه على رواية الكرخى رحمه الله لانه انهدم لا بصنع أحد فيعتبر حاله يوم الانهدام ولو لم يهدم المشترى البناء لكنه باعه بغير أرض ثم حضر الشفيع كان أحق بالبناء والارض فيأخذ وينتقض البيع فى البناء لانه باع البناء وحق الشفيع متعلق به تبعاً للارض لوجود الاتصال فكان سبيل من ابطال البيع كما لو باع الاصل وهو الارض ثم حضر الشفيع أن له أن يأخذ وينتقض البيع كما قلنا كذا هذا وان كان مما لا يدخل فى العقد الا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من الثمن سواء كان زوال الاتصال بصنع العبد أو بآفة سماوية بخلاف الفصل الاول اذا احترق البناء أو غرق أو انهدم على رواية القدورى رحمه الله انه لا يسقط شىء من الثمن لان البناء مبيع تبعاً لا مقصوداً لثبوت حكم البيع فيها تبعاً لا مقصوداً بالتسمية والاتباع ما لها حصة من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالفعل ولم يوجد فأما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصود ألا يرى انه لا يدخل فى العقد من غير تسمية فلا بد وأن يخصه شىء من الثمن فان هلك يهلك بحصته من الثمن سواء هلك بنفسه أو بالاستهلاك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد لانه أخذ الحصة بالعقد فتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم الثمن على قيمة

الارض

الارض وعلى قيمة الزرع وقت العقد لكنه كيف تعتبر قيمتها يوم العقد مفصولا مجذوذاً أم قائماً روى عن أبى يوسف أنه تعتبر قيمة الزرع وهو بقل مفصول ومجذوذ فيسقط عنه ذلك القدر وروى عن محمد فى النوادر أنه يعتبر قيمته قائماً فتقوم الارض وفيها الزرع والثمر وتقوم وليس فيها الزرع والثمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك (وجه) قول محمد ان الزرع دخل فى العقد وهو متصل ويثبت الحق فيه وهو منفصل وكذا الثمر فتعتبر قيمتها على صفة الاتصال على أن فى اعتبار حالة الانفصال اضراراً بالشفيع اذ ليس للمفصول والثمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به الشفيع (وجه) قول أبى يوسف ان حق الشفيع انما سقط بعد زوال الاتصال فتعتبر قيمتها منفصلا لا متصلا وكذا لو كانت الارض مبذورة ولم يطلع الزرع بعد ثم طلع فقصله المشترى عند أبى يوسف يقسم الثمن على قيمة البذر وعلى قيمة الارض فيسقط قدر قيمة البذر عن الثمن وعند محمد تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة فيسقط عنه ما بين ذلك اذا آجر الشفيع الارض مع الشجر بحصتها من الثمن وبقيت الثمرة فى يد البائع هل يثبت الخيار للمشترى ذكر محمد ان الثمرة لازمة للمشترى ولا خيار له ولو كان البائع أتلف الثمرة قبل أن يأخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشترى بالخيار ان شاء أخذ الارض بحصتها من الثمن وان شاء ترك لانه لما أتلف الثمرة فقد فرق الصفقة على المشترى قبل التمام من غير رضاه وأنه يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان الشفيع أخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل برضا المشترى لان حق الشفيع كان ثابتا فى المأخوذ وانه حق لازم فكان التفريق هناك لضرورة حق ثابت لازم شرعا فكان المشترى راضيا به والتفريق المرضى به لا يوجب الخيار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كانت هذه الاشياء موجودة عند العقد متصلة بالعقار ودام الاتصال الى وقت التملك بالشفعة أو زال ثم حضر الشفيع فاما اذا لم تكن موجودة عند العقد ووجدت بعده ثم حضر الشفيع فان كان الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعاً وهو الثمر بأن وقع البيع ولا ثمر فى الشجر ثم أثمر بعده ثم حضر الشفيع فمادام متصلا يأخذه الشفيع مع الارض بالثمن الاول استحسانا لانه ثبت حكم البيع فيه تبعاً لثبوته فى الارض بواسطة الشجر فكان مبيعاً تبعاً فيثبت حق الشفعة تبعاً سواء حدث فى يد المشترى أو فى يد البائع لان الشفعة موجودة فى الحالين فان زال الاتصال فحضر الشفيع فان كان حدث فى يد المشترى فالشفيع يأخذ الارض والشجر بالثمن الاول ان شاء وان شاء ترك ولا يسقط شىء من الثمن وسواء كان زواله بآفة سماوية وهو قائم بعد الزوال أو هالك أو كان زواله بفعل أحد أما اذا كان بآفة سماوية وهو قائم أو هالك لانه كان تبعا حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به مقصودا والتبع لا يصير له حصة من الثمن بدونه وأما اذا كان الزوال بصنع العبد بان جده المشترى وهو قائم أو هالك فلانه لم يرد عليه العقد ولا القبض وان كان حدث فى يد البائع فان كان الزوال بآفة سماوية وهو قائم أو هالك فكذلك أخذ الشفيع الارض والشجر بجميع الثمن ان شاء لانه لم يوجد فعل يصير به مقصودا فيقابله الثمن وان كان بفعل البائع بأن استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصودا بالاتلاف وان كان الحادث مما لم يثبت فيه حكم البيع رأسا لا أصلا ولا تبعاً بأن بنى المشترى بناء أو غرس أو زرع ثم حضر الشفيع يقضى له بشفعة الارض ويجبر المشترى على قلع البناء والغرس وتسليم الساحة الى الشفيع الا اذا كان فى القلع نقصان الارض فللشفيع الخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا وان شاء أجبر المشترى على القلع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يجبر المشترى على قلع البناء والغرس ولكنه يأخذ الارض بثمنها والبناء والغرس بقيمته قائما غير مقلوع ان شاء وان شاء ترك وبه أخذ الشافعى رضى الله عنه واجمعوا على أن المشترى لو زرع فى الارض ثم حضر الشفيع انه لا يجبر المشترى على قلعه ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضى له بالشفعة فيأخذ الارض بجميع الثمن (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله ان فى الجبر على النقض ضررا بالمشترى وهو ابطال تصرفه فى ملكه وفيما قلنا مراعاة الجانبين (أما) جانب المشترى فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال (وأما) جانب الشفيع فلانه يأخذ البناء بقيمته وأخذ الشىء بقيمته لا ضرر فيه على أحد (وجه) ظاهر

الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا بالارض قبل البناء ولم يبطل ذلك بالبناء بل بقى فاذا قضى له بالشفعه فقد صار ذلك الحق ملكا له فيؤمر بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض فيؤمر بالنقض ولهذا أمر الغاصب والمشترى عند الاستحقاق بالنقض كذا هذا قوله فى النقض ضرر بالمشترى قلنا ان كان فيه ضرر به فهو الذى أضر بنفسه حيث بنى على محل تعلق به حق غيره ولو أخذ الشفيع الارض بالشفعة و بنى عليها ثم استحقت وأمر الشفيع بنقض البناء فان الشفيع يرجع على المشترى بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البناء ان كان أخذ منه ولا على البائع أيضا ان كان أخذ منه فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه يرجع عليه (وجه) هذه الرواية ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء من المشترى ولو كان اشتراه يرجع عليه كذا اذا أخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة البناء فى الشراء لوجود الغرور من البائع وضمان السلامة للمشترى لان كل بائع مخبر للمشترى انه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما يبنى فيه دلالة فاذا لم يسلم يدفع بحكم الضمان المشروط دلالة اذ ضمان الغرور ضمان الكفالة فى الحقيقة ولا غرور من المشترى فى حق الشفيع لانه مجبور على التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور على المختار لا على المجبور كالجارية المأسورة اذا اشتراها رجل فأخذها المالك القديم بالثمن واستولدها ثم استحقت من يده وقضى عليه بالعقر وقيمة الولد فانه يرجع على المشترى بالثمن الذى دفعه اليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد ومثله اذا استولد جارية بالشراء ثم استحقت فان المشترى يرجع على بائعه بالثمن وبقيمة الولد لصيرورته مغرورا من جهته ولا غرور من المشترى من الحربى لكونه مجبورا فى التملك عليه بما أخذه من الحربى كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان من يتملك منه الشقص المشفوع فيه فالشفيع يتملك من الذى فى يده ان كان فى يد البائع أخذه منه ونقده الثمن والعهدة عليه وان كان فى يد المشترى أخذه ودفع الثمن اليه والعهدة عليه سواء كان المشترى عاقدا لنفسه أو لغيره بأن كان وكيلا بالشراء وقبض الدار ثم حضر الشفيع وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يأخذها من يد الوكيل (وجه) هذه الرواية أن الوكيل لم يشتر لنفسه وانما اشترى لموكله فلم يكن هو خصما بل الخصم الموكل فلا يأخذ منه ولكن يقال له سلم الدار الى الموكل فاذا سلم يأخذها الشفيع منه (وجه) ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانها راجعة الى الوكيل والوكيل فى الحقوق أصل بمنزلة المشترى لنفسه فكان خصم الشفيع فيأخذ الدار منه بالثمن وكانت العهدة عليه وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل ثم حضر الشفيع فانه يأخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن اليه وكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الى الموكل زالت يده عن الدار فخرج من أن يكون خصما بمنزلة البائع اذا سلم الدار الى المشترى انه لا خصومة للشفيع مع البائع لما قلنا كذا هذا غير ان الدار اذا كانت فى يد البائع لم يكن خصما ما لم يحضر المشترى واذا كانت فى يد الوكيل يكون خصما وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قائم مقام الموكل والبائع ليس بقائم مقام المشترى لانعدام ما يوجب ذلك ولو قال المشترى قبل أن يخاصمه الشفيع فى الشفعة انما اشتريت لفلان وسلم اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشترى لانه أقر قبل أن يكون خصما للشفيع فصح اقراره لانعدام التهمة فصار كما لو كانت الوكالة معلومة ولو أقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه متهم فى هذا الاقرار لصيرورته خصما للشفيع فلا يقبل فى ابطال حقه ولو أقام بينة أنه قال قبل الشراء انما اشترى لفلان لم تقبل بينته لان هذه البينة لو صدقت لم تدفع الخصومة عنه لانه لا يثبت بها الا الشراء لفلان وبهذا لا تندفع عنه الخصومة وروى عن محمد انها لا تقبل لاثبات الملك للغائب وتقبل لدفع الخصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له

﴿فصل﴾ وأما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشترى فاختلافهما لا يخلو اما أن يرجع الى الثمن واما أن يرجع الى المبيع واما أن يرجع الى صفة المبيع أما الذى يرجع الى الثمن فلا يخلو اما أن يقع الاختلاف فى جنس الثمن واما أن يقع فى قدره واما يقع فى صفته وان وقع فى الجنس بأن قال المشترى اشتريت بمائة دينار وقال الشفيع لا بل

بألف درهم فالقول قول المشترى لان الشفيع يدعى عليه التملك بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع
يمينه ولان المشترى أعرف بجنس الثمن من الشفيع لان الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع
فيرجع فى معرفة الجنس اليه وان وقع الاختلاف فى قدر الثمن بأن قال المشترى اشتريت بألفين وقال الشفيع بألف
فالقول قول المشترى مع يمينه وعلى الشفيع البينة انه اشتراه بألف لان الشفيع يدعى التملك على المشترى بهذا
القدر من الثمن والمشترى ينكر فكان القول قول المنكر ولو صدق البائع الشفيع بان قال بعت بالف ينظر فى ذلك
ان كان البائع ماقبض الثمن فالقول قول البائع والشفيع يأخذ بالالف سواء كان المبيع فى يد البائع أو فى يد المشترى
اذا لم يكن نقد الثمن لان البائع اذا لم يكن قبض الثمن فالتملك يقع عليه تمليكه فيرجع فى مقدار ماملك به الى قوله
ولان الشراء لو وقع بألف كما قاله البائع أخذ الشفيع به وان وقع بألفين كما قاله المشترى كان قول البائع بعت بألف
حط بعض الثمن عن المشترى وحط بعض الثمن يصح ويظهر فى حق الشفيع على مامر وان كان البائع قبض
الثمن لا يلتفت الى تصديقه والقول قول المشترى لانه اذا قبض الثمن لم يبق له حق فى المبيع أصلا وصار أجنبيا
فالتحق تصديقه بالعدم وقيل انه يراعى التقديم والتأخير فى تصديق البائع فان بدأ بالاقرار بالبيع بأن قال بعت الدار
بألف وقبضت الثمن فالشفيع يأخذها بألف وان بدأ بالاقرار بقبض الثمن بأن قال قبضت الثمن وهو الالف
لا يلتفت الى قوله لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع فقال بعت بألف فقد تعلق به حق الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد
اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق واذا بدأ بالاقرار بقبض الثمن فقد صار أجنبياً فلا يقبل قوله فى مقدار الثمن وروى
الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان المبيع اذا كان فى يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم انه ألف فالقول قوله لان
المبيع اذا كان فى يد البائع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله فى مقدار الثمن ولو اختلف البائع مع المشترى والشفيع
والدار فى يد البائع أو المشترى لكنه لم ينقد الثمن فالقول فى ذلك قول البائع والبائع مع المشترى يتحالفان ويترادان
والشفيع يأخذ الدار بما قال البائع ان شاء أما التحالف والتراد فيما بين البائع والمشترى، فلقوله عليه الصلاة والسلام
اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وأما أخذ الشفيع بقول البائع ان شاء فلانه اذا لم يقبض الثمن فالتملك يقع عليه فكان
القول فى مقدار الثمن فى حق الشفيع قوله وان كان البائع قد قبض الثمن فلا يلتفت الى قوله لانه صار أجنبيا على ما بينا
هذا اذا لم يكن لاحدهما بينة لا للشفيع ولا للمشترى فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة
بينة الشفيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف البينة بينة المشترى (وجه) قوله ان بينة المشترى تظهر زيادة فكانت
أولى بالقبول كما اذا اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن فقال البائع بعت بألفين وقال المشترى بألف وأقاما جميعاً
البينة فالبينة بينة البائع لماقلنا والجامع بينهما من وجهين أحدهما ان الزيادة التى تظهرها احدى البينتين لا معارض لها
فتقبل فى قدر الزيادة لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالقبول فى الكل فتقبل فى الكل ضرورة والثانى ان البينة
المظهرة للزيادة مثبتة والاخرى نافية والمثبت يترجح على النافى ولابى حنيفة رضى الله عنه طريقتان احداهما ذكرها
أبو يوسف لابى حنيفة ولم يأخذ بها والثانية ذكرها محمد وأخذ بها أما الاولى فهى ان البينة جعلت حجة للمدعى قال
النبى عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى والمدعى ههنا هو الشفيع لانه غير مجبور على الخصومة فى الشفعة بل اذا تركها
ترك والمشترى مجبور على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعى منهما هو الشفيع فكانت البينة حجته
وأما الثانية فهى ان البينة حجة من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وههنا أمكن العمل بالبينتين فى حق الشفيع
بأن يجعل كانه وجد عقدان أحدهما بألف والآخر بألفين لان البيع الثانى لا يوجب انفساخ البيع الاول فى حق
الشفيع وان كان يوجب ذلك فى حق العاقدين ألا ترى انه لو باع بألف ثم باع بألفين ثم حضر الشفيع كان له أن يأخذ
الدار بألف دل ان البيعين قائمان فى حق الشفيع وان الفسخ الاول فى حقهما فأمكن تقدير عقدين بخلاف ما اذا
اختلف البائع والمشترى فى مقدار الثمن واقاما البينة أن البينة بينة البائع أما على الطريق الاولى فلان البائع هناك هو

المدعى فكانت البينة حجته ألا ترى انه لا يجبر على الخصومة والمشترى مجبور عليها وههنا بخلافه على ما بينا وأما على
الطريق الثانية فلان تقدير عقدين هنا متعذر لان البيع الثانى يوجب انفساخ الاول فى حق العاقدين فكان العقد
واحداً والترجيح بجانب البائع لانفراد بينته باظهار فضل فكانت أولى بالقبول والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى
داراً بعرض ولم يتقابضا حتى هلك العرض وانتقض البيع فيما بين البائع والمشترى أو كان المشترى قبض الدار ولم يسلم
العرض حتى هلك وانتقض البيع فيما بينهما وبقى للشفيع حق الشفعة بقيمة العرض على ما بينا فيما تقدم ثم اختلف
الشفيع والبائع فى قيمة العرض فالقول قول البائع مع يمينه لان الشفيع يدعى عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو ينكر
فان أقام أحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالقول قول البائع عند أبى يوسف ومحمد وهو قول أبى حنيفة
على قياس العلة التى ذكرها محمد لابى حنيفة رحمه الله فى تلك المسئلة أما عند أبى حنيفة فظاهر لان بينة البائع انفردت
باثبات زيادة وكذلك عند محمد على قياس ما ذكره لابى حنيفة فى تلك المسئلة وأخذ به لان تقدير عقدين ههنا غير
ممكن لان العقد وقع على عرض بعينه وانما اختلفا فى قيمة ما وقع عليه العقد فكان العقد واحدا فلا يمكن العمل
بالبينتين فيعمل بالراجح منهما وهو بينة البائع لانفرادها باظهار الفضل وكذلك عند أبى حنيفة على قياس ما علل
له محمد وأما على قياس ما علل له أبو يوسف فينبغى أن تكون البينة بينة الشفيع لانه هو المدعى وهكذا ذكر
الطحاوى رحمه الله والله سبحانه وتعالى أعلم ولو هدم المشترى بناء الدار حتى سقط عن الشفيع قدر قيمته من الثمن
ثم اختلفا فى قيمة البناء فهذا لا يخلو (اما) ان اختلفا فى قيمة البناء واتفقا على قيمة الساحة واما ان اختلفا فى قيمة
البناء والساحة جميعا فان اختلفا فى قيمة البناء لا غير فالقول قول المشترى مع يمينه لان الشفيع يدعى على المشترى
زيادة فى السقوط وهو ينكر وان اختلفا فى قيمة البناء والساحة جميعا فان الساحة تقوم الساعة والقول فى قيمة
البناء قول المشترى (أما) تقوم الساحة الساعة فلانه يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضى ولا يمكن
تحكيم الحال فى البناء لانه تغير عن حاله والقول قول المشترى لما قلنا فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا
البينة قال أبو يوسف البينة بينة الشفيع على قياس قول أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد البينة بينة المشترى على قياس قول
أبى حنيفة وقال أبو يوسف من تلقاء نفسه البينة بينة المشترى لانها تظهر زيادة وانما اختلفا فى القياس على قول
أبى حنيفة لاختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما له فى تلك المسئلة فطريق أبى يوسف ان الشفيع هو المدعى والبينة
حجة المدعى وهذا موجود ههنا وطريق محمد رحمه الله العمل بالبينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم هنا فيعمل
باحدى البينتين وهى بينة المشترى لانفرادها باظهار زيادة والله سبحانه وتعالى أعلم وان اختلفا فى صفة الثمن بأن قال
المشترى اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع لا بل اشتريته بثمن مؤجل فالقول قول المشترى لان الحلول فى الثمن
أصل والاجل عارض فالمشترى يتمسك بالاصل فيكون القول قوله ولان العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره ولان
الاجل يثبت بالشرط فالشفيع يدعى عليه شرط التأجيل وهو ينكر فكان القول قوله (وأما) الذى يرجع الى المبيع
فهو ان يختلفا فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة أم بصفقتين نحو ما اذا اشترى داراً فقال المشترى اشتريت
العرصة على حدة بألف والبناء بألف وقال الشفيع لا بل اشتريتهما جميعاً بألفين والدار لى بينيانها فالقول قول الشفيع
لان افراد كل واحد منهما بالصفقة حالة الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بيعهما صفقة واحدة فكان الظاهر شاهدا
للشفيع فكان القول قوله ولان سبب وجوب الشفعة فى العرصة يقتضى الوجوب فى البناء تبعا له حالة الاتصال
وشرط الوجوب هو الشراء وقد أقر المشترى بالشراء الا انه يدعى زيادة أمر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق الا
بتصديق الشفيع أو بينة ولم توجد وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة ولم يؤقتا وقتا فالبينة بينة المشترى
عند أبى يوسف وعند محمد البينة بينة الشفيع (وجه) قول محمد ان بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها تثبت زيادة استحقاق
وهو استحقاق البناء فكانت أولى بالقبول ولان العمل بالبينتين ههنا ممكن بأن يجعل كانه باعهما بصفقتين ثم باعهما

بصفقة واحدة فكان للشفيع أن يأخذها بأيهما شاء (وجه) قول أبي يوسف ان بينة المشترى أكثر إثباتا لانها تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول فأبو يوسف نظر الى زيادة الصفقة ومحمد نظر الى زيادة الاستحقاق وقال أبو يوسف اذا ادعى المشترى انه أحدث البناء فى الدار وقال الشفيع لا بل اشتريتها والبناء فيها ان القول قول المشترى لانه لم يوجد من المشترى الاقرار بشراء البناء والشفيع يدعى عليه استحقاق البناء وهو ينكر ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق فقال المشترى اشتريت واحدة بعد واحدة وأنا شريكك فى الثانية وقال الشفيع لا بل اشتريتهما صفقة واحدة ولى الشفعة فيهما جميعاً فالقول قول الشفيع لان سبب الاستحقاق ثابت فيهما جميعا وهو الجوار على سبيل الملاصقة وقد أقر المشترى بشرط الاستحقاق وهو شراؤهما الا أنه بدعوى تفريق الصفقة يدعى البطلان بعد وجود السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق الا ببينة وأيهما أقام بينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فهو على الاختلاف الذى ذكرنا بين أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ولو قال المشترى وهب لى هذا البيت مع طريقه من هذه الدار ثم اشتريت بقيتها وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل فللشفيع الشفعة فيما أقر انه اشترى ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة لانه وجد سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو الشراء باقراره فهو بدعوى الهبة يريد بطلان حق الشفيع فلا يصدق وللشفيع الشفعة فيما أقر بشرائه ولا شفعة له فى الموهوب لانه لم يوجد من المشترى الاقرار بشرط الاستحقاق على الموهوب وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المشترى عند أبي يوسف رحمه الله لانها تثبت زيادة الهبة وينبغى أن تكون البينة بينة الشفيع عند محمد رحمه الله لانها تثبت زيادة الاستحقاق وروى عن محمد فيمن اشترى داراً وطلب الشفيع الشفعة فقال المشترى اشتريت نصفاً ثم نصفاً فلك النصف الاول وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل صفقة واحدة ولى الكل فالقول قول الشفيع لان سبب ثبوت الحق فى الكل كان موجوداً وقد أقر بشرط الثبوت وهو الشراء ولكنه يدعى أمراً زائداً وهو تفريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه الا ببينة فان قال المشترى اشتريت ربعاً ثم ثلاثة أرباع فلك الربع فقال الشفيع لا بل اشتريت ثلاثة أرباع ثم ربعاً فالقول قول الشفيع لان السبب كان موجوداً وقد أقر المشترى بشراء ثلاثة أرباع الا أنه يدعى أمراً زائداً وهو سبق الشراء فى الربع فلا يثبت الا ببينة فان قال المشترى اشتريت صفقة واحدة وقال الشفيع اشتريت نصفاً ثم نصفاً فأنا آخذ النصف فالقول قول المشترى يأخذ الشفيع الكل أو يدع لان الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه ضرر الشركة فلا يقبل قوله الا ببينة والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الذى يرجع الى صفة البيع فهو أن يختلفا فى البتات والخيار أو فى الصحة والفساد بأن اشترى داراً بألف درهم وتقابضا فأراد الشفيع أخذها بالشفعة فقال البائع والمشترى البيع كان بخيار البائع ولم يمض فلا شفعة لك وانكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع والمشترى وعلى الشفيع البينة ان البيع كان باتا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وروى عن أبي يوسف رواية أخرى ان القول قول الشفيع (وجه) هذه الرواية أن الظاهر شاهد للشفيع لان البتات أصل فى البيع والخيار فيه عارض فكان القول قول من يتمسك بالاصل (وجه) ظاهر الرواية أن الشفيع يدعى ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بقولهما كان فيه خيار لان حق الشفعة لا يجب فى بيع فيه خيار فكان القول قول المنكر ولان البيع يقوم بالعاقدين فكانا أعرف بصفقته من الشفيع والرجوع فى كل باب الى من هو أعرف به ولهذا لو تصادقا على ان الثمن كان دنانير والشفيع يدعى انه كان دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البائع غائبا والدار فى يد المشترى فأراد الشفيع أن يأخذ منه فقال المشترى كان للبائع فيه خيار وكذبه الشفيع فالقول قول المشترى أيضا لما ذكرنا من المعنيين وان اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البائع الخيار وقال المشترى لم يكن فيه خيار كان القول قول المشترى ويأخذ الشفيع الدار فى الرواية المشهورة وروى عن أبي يوسف ان القول قول البائع (وجه) هذه الرواية ان البائع بدعوى الخيار منكر للبيع حقيقة لان البيع بشرط الخيار غير منعقد فى حق الحكم وخيار البائع يمنع زوال المبيع

عن ملكه والمشترى والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البائع كما لو وقع الاختلاف بينهم فى أصل العقد (وجه) ظاهر الرواية ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما فالبائع بدعوى الخيار يدعى الاشتراط على المشترى وهو ينكر فكان القول قوله كما لو ادعى المشترى الشراء بثمن مؤجل وادعى البائع التعجيل فالقول قول البائع لما ان التأجيل لا يثبت الا بشرط يوجد من البائع وهو منكر للشرط فكان القول قوله كذا هذا بخلاف ما لو أنكر البائع البيع والمشترى يدعيه ان القول قول البائع لانه أنكر زوال ملكه ولم يدع على المشترى فعلا فكان القول قوله ولو أراد الشفيع ان يأخذ الدار المشتراة بالشفعة فقال البائع والمشترى كان البيع فاسدا فلا شفعة لك وقال الشفيع كان جائزا ولى الشفعة فهو على اختلافهم فى شرط الخيار للبائع فى قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف القول قول العاقدين ولا شفعة للشفيع وفى رواية عن أبى يوسف القول قول الشفيع وله الشفعة فأبو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم فى الصحة والفساد باختلاف المتعاقدين فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما فى الصحة والفساد كان القول قول من يدعى الصحة كذا هذا والجامع ان الصحة أصل فى العقد والفساد عارض وهما يعتبران اختلافهم فى هذا باختلافهم فى البتات والخيار للبائع والجامع ان الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعى عليهما حق التمليك وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك فكان القول قولهما وكذا هما أعرف بصفة العقد الواقع منهما لقيامه بهما فكان القول فى ذلك قولهما والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان الحيلة فى اسقاط الشفعة فقد ذكروا لاسقاط الشفعة حيلا بعضها يعم الشفعاء كلهم وبعضها يخص البعض دون البعض أما الذى يعم كل الشفعاء فنحو ان يشترى الدار بأكثر من قيمتها بأن كانت قيمتها ألفا فيشتريها بألفين وينقد من الثمن ألفا الا عشرة ثم يبيع المشترى من البائع عرضا قيمته عشرة بألف درهم وعشرة فتحصل الدار للمشترى بألف لا يأخذها الشفيع الا بألفين وهذه الحيلة ليست بمسقطة للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة ألا ترى أن للشفيع أن يأخذها بألفين ويلتزم الضرر (وأما) الذى يخص بعض الشفعاء دون بعض فأنواع منها أن يبيع دارا الا ذراعا منها فى طول الحد الذى يلى دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة أما فى قدر الذراع فلانعدام الشرط وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار ومنها ان يهب البائع الحائط الذى بينه وبين الجار مع أصله للمشترى مقسوما ويسلمه اليه أو يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب الذى يلى دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة للجار لا فى الموهوب ولا فى المبيع (اما) فى الموهوب فلانعدام شرط وجوب الشفعة وهو البيع وأما فى المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع الحائط باصله اولا بثمن كثير ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعا فيما وراء الحائط لانعدام السبب وهو الجوار ولا يأخذ الحائط عادة لكثرة الثمن ومنها ان يبيع الدار والارض فى صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الارض أشجارها أولا بثمن قليل ثم يبيع الارض بثمن كثير فلا شفعة للشفيع فى البناء والشجر شرعا لانفرادهما بالصفقة ولا يأخذ الارض بذلك الثمن عادة ليضمن تكثير الثمن ومنها أن يبيع الدار نصفين فيبيع عشرا منها بثمن كثير ثم يبيع البقية بثمن قليل فلا يأخذ الشفيع العشر بثمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له فى تسعة أعشارها شرعا لانه حين اشترى البقية كان شريك البائع بالعشر والشريك فى البقعة مقدم على الجار والخليط وهذا النوع من الحيلة لا يصلح للشريك لان الشفيع اذا كان شريكا له أن يأخذ نصف البقعة بقليل الثمن أيضا ولو كانت الدار لصغير فلا تباع بقية الدار بقليل الثمن لانه لا يجوز اذ هو بيع مال الصغير بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فى مثله عادة والولى لا يملك ذلك فالسبيل فيه أن تباع بقية الدار بثمن مثله (ومنها) ماذكره الخصاف رحمه الله أن يقر البائع بسهم من الدار للمشترى ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة أما فى القدر المقر به فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع وأما فيما وراء ذلك فلان المشترى صار شريك البائع فى ذلك السهم والشريك فى البقعة مقدم على الجار والخليط ومن

مشايخنا من كان يفتى بوجوب الشفعة فى هذه الصورة ويخطئ الخصاف لان الشركة فى السهم المقر به لم تثبت الا باقراره فلا يظهر فى حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الكلام فى كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة اما ان كانت بعد وجوب الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بأن يقول المشترى للشفيع صالحتك على كذا كذا درهماً على أن تسلم لى شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح أو يقول له اشتر الدار منى بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعته ونحو ذلك وان كانت قبل الوجوب فقد اختلف فيه قال أبو يوسف رحمه الله لا تكره وقال محمد رحمه الله تكره (وجه) قول محمد ان شرع الحيلة يؤدى الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق أصلا ورأساً (وجه) قول أبى يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهذا جائز كالشراء والهبة وسائر التمليكات فان المشترى يمنع حدوث الملك للبائع فى المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهو الشراء وكذا الهبة والصدقة وسائر التمليكات وقد خرج الجواب عن قول محمد رحمه الله ان هذا ابطال لحق الشفعة لان ابطال الشئ بعد ثبوته ضرر والحق ههنا لم يثبت بعد ذلك فلا تكون الحيلة ابطالا له بل هو منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعا وانه جائز فما ذكره أبو يوسف رحمه الله هو الحكم المر وما ذكره محمد رحمه الله احتياطا والاصل فى شرع الحيلة قوله سبحانه وتعالى فى قصة سيدنا أيوب عليه الصلاة والسلام وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولا تحنث والله سبحانه وتعالى أعلم

## ﴿ كتاب الذبائح والصيود ﴾

يحتاج فى هذا الكتاب الى بيان المأكول وغير المأكول من الحيوانات والى بيان المكروه منها والى بيان شرائط حل الاكل فى المأكول والى بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول أما الاول فالحيوان فى الاصل نوعان نوع يعيش فى البحر ونوع يعيش فى البر أما الذى يعيش فى البحر فجميع ما فى البحر من الحيوان محرم الاكل الا السمك خاصة فانه يحل أكله الا ما طفا منه وهذا قول أصحابنا رضى الله تعالى عنهم وقال بعض الفقهاء وابن أبى ليلى رحمهم الله انه يحل أكل ما سوى السمك من الضفدع والسرطان وحية الماء وكلبه وخنزيره ونحو ذلك لكن بالذكاة وهو قول الليث بن سعد رحمه الله الا فى انسان الماء وخنزيره انه لا يحل وقال الشافعى رحمه الله يحل جميع ذلك من غير ذكاة وأخذه ذكاته ويحل أكل السمك الطافى أما الكلام فى المسئلة الاولى فهم احتجوا بظاهر قوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر واسم الصيد يقع على ما سوى السمك من حيوان البحر فيقتضى ان يكون الكل حلالا وبقول النبى عليه الصلاة والسلام حين سئل عن البحر فقال هو الطهور ماؤه والحل ميتته وصف ميتة البحر بالحل من غير فصل بين السمك وغيره ولنا قوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير من غير فصل بين البرى والبحرى وقوله عز شأنه ويحرم عليهم الخبائث والضفدع والسرطان والحية ونحوها من الخبائث وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن ضفدع يجعل شحمه فى الدواء فنهى عليه الصلاة والسلام عن قتل الضفادع وذلك نهى عن أكله وروى انه لما سئل عنه فقال عليه الصلاة والسلام خبيثة من الخبائث ولا حجة لهم فى الآية لان المراد من الصيد المذكور هو فعل الصيد وهو الاصطياد لانه هو الصيد حقيقة لا المصيد لانه مفعول فعل الصيد واطلاق اسم الفعل يكون مجازا ولا يجوز العدول عن حقيقة اللفظ من غير دليل ولان الصيد اسم لما يتوحش و يمتنع ولا يمكن أخذه الا بحيلة اما لطيرانه أو لعدوه وهذا انما يكون حالة الاصطياد لا بعد الاخذ لانه صار لحما بعده ولم يبق صيدا حقيقة لانعدام معنى الصيد وهو التوحش والامتناع والدليل عليه انه عطف عليه قوله عز شأنه وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما والمراد منه الاصطياد من المحرم لا أكل الصيد لان ذلك مباح للمحرم اذا لم يصطده بنفسه ولا غيره بامره فثبت انه لا دليل فى الآية

على اباحة الاكل بل خرجت للفصل بين الاصطياد فى البحر و بين الاصطياد فى البر للمحرم والمراد من قول النبي عليه الصلاة والسلام والحل ميتته السمك خاصة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لناميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد والدمان الكبد والطحال فسر عليه الصلاة والسلام بالسمك والجراد فدل أن المراد منها السمك و يحمل الحديث على السمك وتخصيصه بما تلونا من الآية و روينا من الخبر (وأما) المسئلة الثانية وهى مسئلة الطافى فالشافعى رحمه الله احتج بقوله تعالى وطعامه متاعا لكم معطوفا على قوله أحل لكم صيد البحر أى أحل لكم طعامه وهذا يتناول ماصيد منه ومالم يصد والطافى لم يصد فيتناوله بقوله عليه الصلاة والسلام فى صفة البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته وأحق ما يتناوله اسم الميتة الطافى لانه الميت حقيقة و بقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لناميتتان ودمان الميتتان السمك والجراد فسر النبى عليه الصلاة والسلام الميتة بالسمك من غير فصل بين الطافى وغيره ولنا ماروى عن جابر ابن عبد الله الانصارى رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن أكل الطافى وعن سيدنا على رضى الله عنه انه قال لاتبيعوا فى أسواقنا الطافى وعن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال مادسره البحر فكله وماوجدته يطفو على الماء فلا تأكله واما الآية فلا حجة له فيها لان المراد من قوله تعالى وطعامه ماقذفه البحر الى الشطآن كذا قال أهل التأويل وذلك حلال عندنا لانه ليس بطاف انما الطافى اسم لما مات فى الماء من غير آفة وسبب حادث وهذا مات بسبب حادث وهو قذف البحر فلا يكون طافيا والمراد من الحديثين غير الطافى لما ذكرنا ثم السمك الطافى الذى لا يحل أكله عندنا هو الذى يموت فى الماء حتف أنفه بغير سبب حادث منه سواء علا على وجه الماء أولم يعل بعد أن مات فى الماء حتف أنفه من غير سبب حادث وقال بعض مشايخنا هو الذى يموت فى الماء بسبب حادث و يعلو على وجه الماء فان لم يعل يحل والصحيح هو الحد الاول وتسميته طافيا لعلوه على وجه الماء عادة و روى هشام عن محمد رحمهما الله فى السمك اذا كان بعضها فى الماء و بعضها على الارض ان كان رأسها على الارض أكلت وان كان رأسها أو أكثره فى الماء لم تؤكل لان رأسها موضع نفسها فاذا كان خارجا من الماء فالظاهر انه مات بسبب حادث واذا كان فى الماء أو أكثره فالظاهر انه مات فى الماء بغير سبب وقالوا فى سمكة ابتلعت سمكة أخرى انها تؤكل لانها ماتت بسبب حادث ولو مات من الحر والبرد وكدر الماء ففيه روايتان فى رواية لايؤكل لان الحر والبرد وكدر الماء ليس من أسباب الموت ظاهرا فلم يوجد الموت بسبب حادث يوجب الموت ظاهرا أوغالبا فلا يؤكل وفى رواية يؤكل لان هذه أسباب الموت فى الجملة فقد وجد الموت بسبب حادث فلم يكن طافيا فيؤكل و يستوى فى حل الاكل جميع أنواع السمك من الجريث والمارماهى وغيرهما لان ماذكرنا من الدلائل فى اباحة السمك لا يفصل بين سمك وسمك الاما خص بدليل وقد روى عن سيدنا على وابن عباس رضى الله عنهما اباحة الجريث والسمك الذكر ولم ينقل عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا (وأما) الذى يعيش فى البر فانواع ثلاثة ماليس له دم أصلا وماليس له دم سائل وماله دم سائل مثل الجراد والزنبور والذباب والعنكبوت والعضابة والخنفساء والبغاثة والعقرب ونحوها لا يحل أكله الا الجراد خاصة لانها من الخبائث لاستبعاد الطباع السليمة اياها وقد قال الله تبارك وتعالى و يحرم عليهم الخبائث الا أن الجراد خص من هذه الجملة بقوله عليه الصلاة والسلام احلت لناميتتان فبقى على ظاهر العموم وكذلك ماليس له دم سائل مثل الحية والوزغ وسام أبرص و جميع الحشرات وهوام الارض من الفأر والقراد والقنافذ والضب واليربوع وابن عرس ونحوها ولا خلاف فى حرمة هذه الاشياء الا فى الضب فانه حلال عند الشافعى واحتج بما روى ابن عباس رضى الله عنهما انه قال أكلت على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم لحم ضب وعن ابن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال انه لم يكن بأرض قومى فأجد نفسى تعافه فلا آكله ولا أحرمه وهذا نص على عدم الحرمة الشرعية واشارة الى الكراهة الطبيعية (ولنا) قوله تبارك وتعالى و يحرم عليهم الخبائث والضب من الخبائث و روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها ان النبى عليه الصلاة والسلام

أهدى اليه لحم ضب فامتنع أن يأكله فجاءت سائلة فأرادت سيدتنا عائشة رضى الله عنها أن تطعمها إياه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أتطعمين مالا تأكلين ولا يحتمل أن يكون امتناعه لما أن نفسه الشريفة عافته لانه لو كان كذلك لما منع من التصدق به كشاة الانصار انه لما امتنع من أكلها أمر بالتصدق بها ولان الضب من جملة المسوخ والمسوخ محرمة كالدب والقرد والفيل فيما قيل والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فى الارض وانى أخاف أن يكون هذا منها وهكذا روى عن بعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال كنا فى بعض المغازى فاصابتنا مجاعة فنزلنا فى أرض كثيرة الضباب فنصبنا القدور وكانت القدور تغلى اذ جاء النبى عليه الصلاة والسلام فقال ما هذا قلنا الضب يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ان أمة مسخت فاخاف أن يكون هذا منها فأمر بالقاء القدور وما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما وما روينا فهو خاطر والعمل بالخاطر أولى وماله دم سائل نوعان مستأنس ومستوحش اما المستأنس من البهائم فنحو الابل والبقر والغنم بالاجماع وبقوله تبارك وتعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون وقوله سبحانه وتعالى الله الذى جعل لكم الانعام لتركبوا منها ومنها تأكلون واسم الانعام يقع على هذه الحيوانات بلا خلاف بين أهل اللغة ولا تحل البغال والحمير عند عامة العلماء رحمهم الله تعالى وحكى عن بشر المريسى رحمه الله أنه قال لا بأس بأكل الحمار واحتج بظاهر قوله عز وجل قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ولم يذكر الحمير الانسية وروى ان رجلا جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وقال انه فنى مالى ولم يبق لى الا الحمر الاهلية فقال عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك فانى انما كنت نهيتكم عن جلال القرية وروى عن جوال القرى بتشديد اللام وروى فانما قذرت لكم جالة القرية (ولنا) قوله تبارك وتعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة وسنذكر وجه الاستدلال بالآية ان شاء الله تعالى وروى أبو حنيفة عن نافع عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وعن متعة النساء وروى ان سيدنا عليا رضى الله عنه قال لابن عباس رضى الله عنهما وهو يفتى الناس فى المتعة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء وعن لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر فرجع ابن عباس رضى الله عنهما عن ذلك وروى انه قيل للنبى عليه الصلاة والسلام يوم خيبر أكلت الحمر فأمر أبا طلحة رضى الله عنه ينادى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهاكم عن لحوم الحمر فانها رجز وروى فانها رجس وهذه اخبار مستفيضة عرفها الخاص والعام وقبلوها وعملوا بها وظهر العمل بها وأما الآية فقد اختص منها أشياء غير مذكورة فيها فيختص المتنازع فيه بما ذكرنا من الدلائل مع ما ان ما روينا من الاخبار مشهورة ويجوز نسخ الكتاب بالخبر المشهور وعلى ان فى الآية الشريفة أنه لا يحل سوى المذكور فيها وقت نزولها لان الاصل فى الفعل هو الحال فيحتمل انه لم يكن وقت نزول الآية تحريم سوى المذكور فيها ثم حرم ما حرم بعد على أنا نقول بموجب الآية لا محرم سوى المذكور فيها ونحن لا نطلق اسم المحرم على لحوم الحمر الاهلية اذ المحرم المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به فأما ما كانت حرمته محل الاجتهاد فلا يسمى محرما على الاطلاق بل نسميه مكروها فنقول بوجوب الامتناع عن أكلها عملا مع التوقف فى اعتقاد الحل والحرمة وأما الحديث فيحتمل أن يكون المراد من قوله عليه الصلاة والسلام كل من سمين مالك أى من أثمانها كما يقال فلان أكل عقاره أى ثمن عقاره ويحتمل أن يكون ذلك اطلاقا للانتفاع بظهورها بالاكراء كما يحمل على شىء مما ذكرنا عملا بالدلائل كلها ويحتمل انه كان قبل التحريم فانفسخ بما ذكرنا وان جهل التاريخ فالعمل بالخاطر أولى احتياطا فان قيل ما رويتم يحتمل أيضا انه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الحمر يوم خيبر لانها كانت غنيمة من الخمس أو لقلة الظهر أو لانها كانت جلالة فوقع التعارض والجواب ان شيأ من ذلك لا يصلح محملا (أما) الاول فلان ما يحتاج اليه الجند لا يخرج منه الخمس كالطعام والعلف (وأما) الثانى فلان المروى أن رسول الله

صلى الله عليه وسلم أمر باكفاء القدور يوم خيبر ومعلوم ان ذلك مما لا ينتفع به فى الظهر (وأما) الثالث فلانه عليه الصلاة والسلام خص النهى بالحمر الاهلية وهذا المعنى لا يختص بالحمر بل يوجد فى غيرها (وأما) لحم الخيل فقد قال أبو حنيفة رضى الله عنه يكره وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكره وبه أخذ الشافعى رحمه الله واحتجا بما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه قال أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وروى عن جابر رضى الله عنه انه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لحوم الحمر الاهلية وأذن فى الخيل وروى أنه قال أطعمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الخيل ونهانا عن لحوم الحمر وروى عنه انه قال كنا قد جعلنا فى قدورنا لحم الخيل ولحم الحمار فنهانا النبى عليه الصلاة والسلام أن نأكل لحم الحمار وأمرنا أن نأكل لحم الخيل وعن سيدتنا أسماء بنت سيدنا أبى بكر الصديق رضى الله عنهما أنها قالت نحرنا فرسا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ولابى حنيفة رضى الله عنه الكتاب والسنة ودلالة الاجماع (أما) الكتاب العزيز فقوله جل شأنه والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة (ووجه) الاستدلال به ما حكى عن ابن عباس رضى الله عنهما فانه روى أنه سئل عن لحم الخيل فقرأ بهذه الآية الشريفة وقال ولم يقل تبارك وتعالى لتأكلوها فيكره أكلها وتمام هذا الاستدلال ان الله تبارك وتعالى ذكر الانعام فيما تقدم ومنافعها وبالغ فى ذلك بقوله تعالى والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها تأكلون ولكم فيها جمال حين تريحون وحين تسرحون وتحمل أثقالكم الى بلد لم تكونوا بالغيه الا بشق الانفس ان ربكم لرؤف رحيم وكذا ذكر فيما بعد هذه الآية الشريفة متصلا بها منافع الماء المنزل من السماء والمنافع المتعلقة بالليل والنهار والشمس والقمر والنجوم والمنافع المتعلقة بالبحر على سبيل المبالغة بيان شفاء لا بيان كفاية وذكر فى هذه الآية انه سبحانه وتعالى خلق الخيل والبغال والحمير للركوب والزينة ذكر منفعة الركوب والزينة ولم يذكر سبحانه وتعالى منفعة الاكل فدل انه ليس فيها منفعة أخرى سوى ما ذكرناه ولو كان هناك منفعة أخرى سوى ما ذكر لم يحتمل ان لا نذكرها عند ذكر المنافع المتعلقة بها على سبيل المبالغة والاستقصاء وقوله عز وجل يحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولحم الخيل ليس بطيب بل هو خبيث لان الطباع السليمة لا تستطيبه بل تستخبثه حتى لا تجد أحدا تركت بطبعه الا ويستخبثه وينفى طبعه عن أكله وانما يرغبون فى ركوبه الا يرغب طبعه فيما كان مجبولا عليه وبه تبين ان الشرع انما جاء باحلال ما هو مستطاب فى الطبع لا بما هو مستخبث ولهذا لم يجعل المستخبث فى الطبع غذاء اليسر وانما جعل ما هو مستطاب بلغ فى الطيب غايته (وأما) السنة فما روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال لما كان يوم خيبر أصاب الناس مجاعة فأخذوا الحمر الاهلية فذبحوها فحرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الانسية ولحوم الخيل والبغال وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وحرم الخلسة والنهبة وعن خالد بن الوليد رضى الله عنه أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير وعن المقدام بن معدى كرب أن النبى عليه الصلاة والسلام قال حرم عليكم الحمار الاهلى وخيلها وهذا نص على التحريم وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخيل لثلاثة فهى لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولو صلحت للاكل لقال عليه الصلاة والسلام الخيل لاربعة لرجل ستر ولرجل أجر ولرجل وزر ولرجل طعام (وأما) دلالة الاجماع فهى أن البغل حرام بالاجماع وهو ولد الفرس فلو كانت أمه حلالا لكان هو حلالا أيضا لان حكم الولد حكم أمه لانه منها وهو كبعضها ألا ترى ان حمار وحش لو نزى على حمارة أهلية فولدت لم يؤكل ولدها ولو نزا حمار أهلى على حمارة وحشية وولدت يؤكل ولدها ليعلم ان حكم الولد حكم أمه فى الحل والحرمة دون الفحل فلما كان لحم الفرس حراما كان لحم البغل كذلك وما روى فى بعض الروايات عن جابر وما فى رواية سيدتنا أسماء رضى الله عنها يحتمل أنه كان ذلك فى الحال التى كان يؤكل فيها الحمر لان النبى عليه الصلاة والسلام انما نهى عن أكل لحوم الحمر يوم خيبر وكانت الخيل تؤكل فى ذلك الوقت ثم حرمت يدل عليه ما روى عن الزهرى أنه قال ما علمنا الخيل أكلت الا فى حصار وعن الحسن رضى الله عنه أنه قال

كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكلون لحوم الخيل فى مغازيهم فهذا يدل على أنهم كانوا يأكلونها فى حال الضرورة كما قال الزهري رحمه الله أو يحمل على هذا عملا بالدليل صيانة لها عن التناقض أو يترجح الحاظر على المبيح احتياطاً وهذا الذى ذكرنا حجج أبى حنيفة رضى الله عنه على رواية الحسن انه يحرم أكل لحم الخيل (وأما) على ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يكره أكله ولم يطلق التحريم لاختلاف الاحاديث المروية فى الباب واختلاف السلف فكره أكل لحمه احتياطا لباب الحرمة وأما المتوحش منها نحو الظباء وبقر الوحش وحمر الوحش وابل الوحش فحلال باجماع المسلمين ولقوله تبارك وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وقوله سبحانه وتعالى كلوا من طيبات مارزقناكم ولحوم هذه الاشياء من الطيبات فكان حلالا وروى أنه لما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر فقال الاهلية فقيل نعم فدل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على اختلاف حكم الاهلية والوحشية وقد ثبت أن الحكم فى الاهلية الحرمة لما ذكرنا من الدلائل فكان حكم الوحشية الحل ضرورة وروى ان رجلا من فهر جاء الى النبى عليه الصلاة والسلام وهو بالروحاء ومع الرجل حمار وحشى عقره فقال هذه رميتى يارسول الله وهى لك فقبله النبى عليه الصلاة والسلام وأمر سيدنا أبا بكر رضى الله عنه فقسمه بين الرفاق والحديث وان ورد فى حمار الوحش لكن احلال الحمار الوحشى احلال للظبي والبقر الوحشى والابل الوحشى من طريق الاولى لان الحمار الوحشى ليس من جنسه من الاهلى ماهو حلال بل هو حرام وهذه الاشياء من جنسها من الاهلى ماهو حلال فكانت أولى بالحل وأما المستأنس من السباع وهو الكلب والسنور الاهلى فلا يحل وكذلك المتوحش منها المسمى بسباع الوحش والطير وهو كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير لما روى فى الخبر المشهور عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن أكل كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير وعن الزهرى رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل ذى ناب من السباع حرام فذو الناب من سباع الوحش مثل الاسد والذئب والضبع والنمر والفهد والثعلب والسنور البرى والسنجاب والفنك والسمور والدلق والدب والقرد والفيل ونحوها فلا خلاف فى هذه الجملة أنها محرمة الا الضبع فانه حلال عند الامام الشافعى رحمه الله واحتج بما روى عن عطاء عن جابر رضى عنهما أنه قال فى الضبع كبش فقلت له أهو صيد فقال نعم فقلت يؤكل فقال نعم فقلت أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم (ولنا) ان الضبع سبع ذوناب فيدخل تحت الحديث المشهور وماروى ليس بمشهور فالعمل بالمشهور أولى على ان مارويناه محرم ومارواه محلل والمحرم يقضى على المبيح احتياطا ولا بأس بأكل الارنب لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال كنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأهدى له اعرابى أرنبة مشوية فقال لاصحابه كلوا وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد أنه قال أصبت أرنبتين فذبحتهما بمروة وسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرنى بأكلهما وذو المخلب من الطير كالبازى والباشق والصقر والشاهين والحدأة والنعاب والنسر والعقاب وما أشبه ذلك فيدخل تحت نهى النبى عليه الصلاة والسلام عن كل ذى مخلب من الطير وروى انه نهى عن كل ذى خطفة ونهبة ومجثمة وعن كل ذى ناب من الطير والمجثمة روى بكسر الثاء وفتحها من الجثوم وهو تلبد الطائر الذى من عادته الجثوم على غيره ليقتله وهو السباع من الطير فيكون نهياً على أكل كل طير هذا عادته وبالفتح هو الصيد الذى يجثم عليه طائر فيقتله فيكون نهياً عن أكل كل طير قتله طير آخر بجثومه عليه وقيل بالفتح هو الذى يرمى حتى يجثم فيموت ومالا مخلب له من الطير فالمستأنس منه كالدجاج والبط والمتوحش كالحمام والفاختة والعصافير والقبج والكركى والغراب الذى يأكل الحب والزرع والعقعق ونحوها حلال بالاجماع

﴿فصل﴾ وأما بيان مايكره من الحيوانات فيكره أكل لحوم الابل الجلالة وهى التى الاغلب من أكلها النجاسة لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل لحوم الابل الجلالة ولانه اذا كان الغالب من أكلها النجاسات

يتغير لحمها و ينتن فيكره أكله كالطعام المنتن وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الجلالة أن تشرب ألبانها لان لحمها اذا تغير يتغير لبنها وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ان يحج عليها وان يعتمر عليها وان يغزى وأن ينتفع بها فيما سوى ذلك فذلك محمول على انها انتنت فى نفسها فيمتنع من استعمالها حتى لا يتأذى الناس بنتنها كذا ذكره القدورى رحمه الله فى شرحه مختصر الكرخى وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه لا يحل الانتفاع بها من العمل وغيره الا ان تحبس أياما وتعلف فحينئذ تحل وماذكر القدورى رحمه الله أجود لان النهى ليس لمعنى يرجع الى ذاتها بل لعارض جاورها فكان الانتفاع بها حلالا فى ذاته الا انه يمنع عنه لغيره ثم ليس لحبسها تقدير فى ظاهر الرواية هكذا روى عن محمد رحمه الله أنه قال كان أبو حنيفة رضى الله عنه لا يوقت فى حبسها وقال تحبس حتى تطيب وهو قولهما أيضا وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة عليه الرحمة انها تحبس ثلاثة أيام وروى ابن رستم رحمه الله عن محمد فى الناقة الجلالة والشاة والبقر الجلال انها انما تكون جلالة اذا تفتتت وتغيرت ووجد منها ريح منتنة فهى الجلالة حينئذ لا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها و بيعها وهبتها جائز هذا اذا كانت لا تخلط ولا تأكل الا العذرة غالباً فان خلطت فليست جلالة فلا تكره لانها لا تنتن ولا يكره أكل الدجاج المخلى وان كان يتناول النجاسة لانه لا يغلب عليه أكل النجاسة بل يخلطها بغيرها وهو الحب فيأكل ذا وذا وقيل انما لا يكره لانه لا ينتن كما ينتن الابل والحكم متعلق بالنتن ولهذا قال أصحابنا فى جدى ارتضع بلبن خنزير حتى كبر انه لا يكره أكله لان لحمه لا يتغير ولا ينتن فهذا يدل على ان الكراهة فى الجلالة لمكان التغير والنتن لا لتناول النجاسة ولهذا اذا خلطت لا يكره وان وجد تناول النجاسة لانها لا تنتن فدل ان العبرة للنتن لا لتناول النجاسة والافضل ان تحبس الدجاج حتى يذهب ما فى بطنها من النجاسة لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يحبس الدجاج ثلاثة ايام ثم يأكله وذلك على طريق التنزه وهو رواية أبى يوسف عن ابى حنيفة عليهما الرحمة انها تحبس ثلاثة أيام كانه ذهب الى ذلك للخبر ولما ذكرنا ان ما فى جوفها من النجاسة يزول فى هذه المدة ظاهرا وغالباً ويكره الغراب الاسود الكبير لما روى عن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل بعد ما سماه الله تبارك وتعالى فاسقاً عنى بذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلهن المحرم فى الحل والحرم ولان غالب أكلها الجيف فيكره أكلها كالجلالة ولا بأس بغراب الزرع لانه يأكل الحب والزرع ولا يأكل الجيف هكذا روى بشر بن الوليد عن أبى يوسف قال سألت أبا حنيفة عليه الرحمة عن أكل الغراب فرخص فى غراب الزرع وكره الغداف فسألته عن الابقع فكره ذلك وان كان غرابا يخلط فيأكل الجيف ويأكل الحب لا يكره فى قول أبى حنيفة عليه الرحمة قال وانما يكره من الطير ما لا يأكل الا الجيف ولا بأس بالعقعق لانه ليس بذى مخلب ولا من الطير الذى لا يأكل الا الحب كذا روى أبو يوسف أنه قال سألت أبا حنيفة رحمه الله فى أكل العقعق فقال لا بأس به فقلت انه يأكل الجيف فقال انه يخلط فحصل من قول أبى حنيفة ان ما يخلط من الطيور لا يكره أكله كالدجاج وقال أبو يوسف رحمه الله يكره لان غالب أكله الجيف

﴿فصل﴾ وأما بيان شرط حل الاكل فى الحيوان المأكول فشرط حل الاكل فى الحيوان المأكول البرى هو الذكاة فلا يحل أكله بدونها لقوله تبارك وتعالى حرمت عليكم الميتة والدم الى قوله عز شأنه وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثنى سبحانه وتعالى الذكى من المحرم والاستثناء من التحريم اباحة ثم الكلام فى الذكاة فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن الذكاة وفى بيان شرائط الركن وفى بيان ما يستحب من الذكاة وما يكره منها فالذكاة نوعان اختيارية وضرورية أما الاختيارية فركنها الذبح فيما يذبح من الشاة والبقرة ونحوهما والنحر فيما ينحر وهو الابل عند القدرة على الذبح والنحر لا يحل بدون الذبح والنحر لان الحرمة فى الحيوان المأكول لمكان الدم المسفوح وأنه لا يزول الا بالذبح والنحر ولان الشرع انما ورد باحلال الطيبات قال الله تبارك وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وقال سبحانه وتعالى ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث ولا يطيب الا بخروج الدم المسفوح وذلك بالذبح والنحر

ولهذا حرمت الميتة لان المحرم وهو الدم المسفوح فيها قائم ولذا لا يطيب مع قيامه ولهذا يفسد فى أدنى مدة ما يفسد فى مثلها المذبوح وكذا المنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة لما قلنا والذبح هو فرى الاوداج ومحله ما بين اللبة واللحيين لقول النبى عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحية أى محل الذكاة ما بين اللبة واللحيين وروى الذكاة فى الحلق واللبة والنحر فرى الاوداج ومحله آخر الحلق ولو نحر ما يذبح وذبح ما ينحر يحل لوجود فرى الاوداج ولكنه يكره لان السنة فى الابل النحر وفى غيرها الذبح ألا ترى ان الله تعالى ذكر فى الابل النحر وفى البقر والغنم الذبح فقال سبحانه وتعالى فصل لربك وانحر قيل فى التأويل أى انحر الجزور وقال الله عز شأنه ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم والذبح بمعنى المذبوح كالطحن بمعنى المطحون وهو الكبش الذى فدى به سيدنا اسماعيل أو سيدنا إسحاق صلوات الله عليهما على اختلاف أصل القصة فى ذلك وكذا النبى عليه الصلاة والسلام نحر الابل وذبح البقر والغنم فدل أن ذلك هو السنة وذكر محمد رحمه الله فى الاصل وقال بلغنا ان أصحاب النبى عليه الصلاة والسلام ورضى الله عنهم كانوا ينحرون الابل قياما معقولة اليد اليسرى فدل ذلك على ان النحر فى الابل هو السنة لان الاصل فى الذكاة انما هو الاسهل على الحيوان وما فيه نوع راحة له فيه فهو أفضل لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام قال ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شىء فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته والاسهل فى الابل النحر لخلو لبتها عن اللحم واجتماع اللحم فيما سواه من خلقها والبقر والغنم جميع حلقها لا يختلف فان قيل أليس انه روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة أى ونحرنا البقرة عن سبعة لانه معطوف على الاول فكان خبر الاول خبرا للثانى كقولنا جاءنى زيد وعمرو فالجواب ان الذبح مضمر فيه ومعناه وذبحنا البقرة على عادة العرب فى الشىء اذا عطف على غيره وخبر المعطوف عليه لا يحتمل الوجود فى المعطوف أو لا يوجد عادة أن يضمر المتعارف المعتاد كما قال الشاعر

ولقيت زوجك فى الوغى * متقلدا سيفا ورمحا

أى متقلدا سيفاً ومعتقلا رمحاً وقال آخر * علفتها تبنا وماء باردا *

أى علفتها تبناً وسقيتها ماء باردا لان الرمح لا يحتمل التقلد أو لا يتقلد عادة والماء لا يعلف بل يسقى كذا ههنا الذبح فى البقر هو المعتاد فيضمر فيه فصار كأنه قال نحرنا البدنة وذبحنا البقرة وهذا الذى ذكرنا قول عامة العلماء رضى الله تعالى عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ذبح البدنة لا تحل لان الله تبارك وتعالى أمر فى البدنة بالنحر بقوله عز شأنه فصل لربك وانحر فاذا ذبح فقد ترك المأمور به فلا يحل ولنا ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال ما أنهر الدم وفرى الاوداج فكل وبه تبين ان الامر بالنحر فى البدنة ليس لعينه بل لانهار الدم وافراء الاوداج وقد وجد ذلك ولا بأس فى الحلق كله أسفله أو أوسطه أو أعلاه لقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة ما بين اللبة واللحيين وقوله عليه الصلاة والسلام الذكاة فى الحلق واللبة من غير فصل ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وتطييب اللحم وذلك يحصل بقطع الاوداج فى الحلق كله ثم الاوداج اربعة الحلقوم والمرىء والعرقان اللذان بينهما الحلقوم والمرىء فاذا فرى ذلك كله فقد أتى بالذكاة بكمالها وسننها وان فرى البعض دون البعض فعند ابى حنيفة رضى الله عنه اذا قطع أكثر الاوداج وهو ثلاثة منها أى ثلاثة كانت وترك واحدا يحل وقال أبو يوسف رحمه الله لا يحل حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد العرقين وقال محمد رحمه الله لا يحل حتى يقطع من كل واحد من الاربعة أكثره وقال الشافعى رحمه الله اذا قطع الحلقوم والمرىء حل اذا استوعب قطعهما (وجه) قول الشافعى رضى الله عنه ان الذبح ازالة الحياة والحياة لا تبقى بعد قطع الحلقوم والمرىء عادة وقد تبقى بعد قطع الودجين اذ هما عرقان كسائر العروق والحياة تبقى بعد قطع عرقين من سائر العروق (ولنا) ان المقصود من الذبح ازالة المحرم وهو الدم المسفوح ولا يحصل الا بقطع الودج (وجه) قول محمد عليه الرحمة انه اذا قطع الاكثر من كل واحد من الاربعة فقد حصل المقصود بالذبح وهو خروج الدم لانه يخرج ما يخرج

بقطع الكل (وجه) قول أبى يوسف ان كل واحد من العروق يقصد بقطعه غير ما يقصد به الآخر لان الحلقوم
مجرى النفس والمرىء مجرى الطعام والودجين مجرى الدم فاذا قطع أحد الودجين حصل بقطعه المقصود منهما واذا
ترك الحلقوم لم يحصل بقطع ماسواه المقصود منه ولذلك اختلفا ولابى حنيفة عليه الرحمة انه قطع الاكثر من العروق
الاربعة وللاكثر حكم الكل فيما بنى على التوسعة فى أصول الشرع والذكاة بنيت على التوسعة حيث يكتفى فيها
بالبعض بلا خلاف بين الفقهاء وانما اختلفوا فى الكيفية فيقام الاكثر فيها مقام الجميع ولو ضرب عنق جزور أو بقرة
أو شاة بسيفه وابانها وسمى فان كان ضربها من قبل الحلقوم تؤكل وقد أساء أما حل الاكل فلانه أتى بفعل الذكاة وهو
قطع العروق وأما الاساءة فلانه زاد فى ألمها زيادة لا يحتاج اليها فى الذكاة فيكره ذلك وان ضربها من القفا فان ماتت قبل
القطع بأن ضرب على التأنى والتوقف لا تؤكل لانها ماتت قبل الذكاة فكانت ميتة وان قطع العروق قبل موتها تؤكل
لوجود فعل الذكاة وهى حية الا أنه يكره ذلك لانه زاد فى ألمها من غير حاجة وان أمضى فعله من غير توقف تؤكل لان
الظاهر ان موتها بالذكاة وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح بالمروة أو بليطة القصب أو بشقة العصا أو غيرها من الآلات
التى تقطع انه يحل لوجود معنى الذبح وهو فرى الاوداج وجملة الكلام فيه ان الآلة على ضربين آلة تقطع وآلة تفسخ
والتى تقطع نوعان حادة وكليلة أما الحادة فيجوز الذبح بها حديدا كانت أو غير حديد والاصل فى جواز الذبح بدون
الحديد ماروى عن عدى بن حاتم رضى الله عنه انه قال قلت يارسول الله أرأيت أحدنا أصاب صيدا وليس معه
سكين أيذكى بمروة أو بشقة العصا فقال عليه الصلاة والسلام أنهر الدم بما شئت واذكر اسم الله تعالى وروى
ان جارية لكعب بن مالك رضى الله عنه ذبحت شاة بمروة فسأل كعب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأمر
بأكلها ولانه يجوز بالحديد والجواز ليس لكونه من جنس الحديد بل لوجود معنى الحديد بدليل انه لا يجوز بالحديد
الذى لا حد له فاذا وجد معنى الحد فى المروة والليطة جاز الذبح بهما وأما الكليلة فان كانت تقطع يجوز لحصول معنى
الذبح لكنه يكره لما فيه من زيادة إيلام لا حاجة اليها ولهذا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحديد الشفرة
واراحة الذبيحة وكذلك اذا جرح بظفر منزوع أو سن منزوع جاز الذبح بهما ويكره وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز
واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انهر الدم بما شئت الا ما كان من سن أو ظفر فان الظفر مدى
الحبشة والسن عظم من الانسان استثنى عليه الصلاة والسلام الظفر والسن من الاباحة والاستثناء من الاباحة يكون
حظرا وعلل عليه الصلاة والسلام بكون الظفر مدى الحبشة وكون السن عظم الانسان وهذا خرج مخرج الانكار
ولنا انه لما قطع الاوداج فقد وجد الذبح بهما فيجوز كما لو ذبح بالمروة وليطة القصب وأما الحديث فالمراد السن القائم
والظفر القائم لان الحبشة انما كانت تفعل ذلك لاظهار الجلادة وذلك بالقائم لا بالمنزوع والدليل عليه انه روى فى بعض
الروايات الا ما كان قرضا بسن أو حزا بظفر والقرض انما يكون بالسن القائم وأما الآلة التى تفسخ فالظفر القائم والسن
القائم ولا يجوز الذبح بهما بالاجماع ولو ذبحهما كان ميتة للخبر الذى روينا ولان الظفر والسن اذا لم يكن منفصلا فالذابح
يعتمد على الذبيح فيختنق وينفسخ فلا يحل أكله حتى قالوا لو أخذ غيره يده فأمر يده كما أمر السكين وهو ساكت يجوز
ويحل أكله وعلى هذا يخرج الجنين اذا خرج بعد ذبح أمه ان خرج حيا فذكى يحل وان مات قبل الذبح لا يؤكل
بلا خلاف وان خرج ميتا فان لم يكن كامل الخلق لا يؤكل أيضا فى قولهم جميعا لانه بمعنى المضغة وان كان كامل الخلق
اختلف فيه قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يؤكل وهو قول زفر والحسن بن زياد رحمهم الله وقال أبو يوسف ومحمد
والشافعى رحمهم الله لا بأس بأكله واحتجوا بقول النبى عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين بذكاة أمه فيقتضى انه
يتذكى بذكاة أمه ولانه تبع لامه حقيقة وحكما (أما) الحقيقة فظاهر وأما الحكم فلانه يباع ببيع الام ويعتق بعتقها
والحكم فى التبع يثبت بعلة الاصل ولا يشترط له علة على حدة لئلا ينقلب التبع أصلا ولابى حنيفة قوله تعالى حرمت
عليكم الميتة والدم والجنين ميتة لانه لا حياة فيه والميتة ما لا حياة فيه فيدخل تحت النص فان قيل الميتة اسم لزائل الحياة

فيستدعى تقدم الحياة وهذا لا يعلم فى الجنين فالجواب ان تقدم الحياة ليس بشرط لاطلاق اسم الميت قال الله تبارك وتعالى وكنتم أمواتا فأحياكم ثم يميتكم على انا ان سلمنا ذلك فلا بأس به لانه يحتمل انه كان حيا فمات بموت الام ويحتمل انه لم يكن فيحرم احتياطا ولانه أصل فى الحياة فيكون له أصل فى الذكاة والدليل على انه أصل فى الحياة انه يتصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام ولو كان تبعا للام فى الحياة لما تصور بقاؤه حيا بعد زوال الحياة عن الام واذا كان أصلا فى الحياة يكون أصلا فى الذكاة لان الذكاة تفويت الحياة ولانه اذا تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام لم يكن ذبح الام سببا لخروج الدم عنه اذ لو كان لما تصور بقاؤه حيا بعد ذبح الام اذ الحيوان الدموى لا يعيش بدون الدم عادة فبقى الدم المسفوح فيه ولهذا اذا جرح يسيل منه الدم وانه حرم بقوله سبحانه وتعالى دما مسفوحا وقوله عز شأنه حرمت عليكم الميتة والدم ولا يمكن التميز بين لحمه ودمه فيحرم لحمه أيضاً وأما الحديث فقد روى بنصب الذكاة الثانية معناه كذكاة أمه اذ التشبيه قد يكون بحرف التشبيه وقد يكون بحذف حرف التشبيه قال الله تعالى وهى تمر مر السحاب وقال عز شأنه ينظرون اليك نظر المغشى عليه من الموت أى كنظر المغشى عليه وهذا حجة عليكم لان تشبيه ذكاة الجنين بذكاة أمه يقتضى استواءهما فى الافتقار الى الذكاة ورواية الرفع تحتمل التشبيه أيضاً قال الله سبحانه وتعالى وجنة عرضها السموات والارض أى عرضها كعرض السموات فيكون حجة عليكم ويحتمل الكناية كما قالوا فلا تكون حجة مع الاحتمال مع أنه من أخبار الآحاد ورد فيما تعم به البلوى وانه دليل عدم الثبوت اذ لو كان ثابتا لاشتهر واذا خرجت من الدجاجة الميتة بيضة تؤكل عندنا سواء اشتد قشرها أو لم يشتد وعند الشافعى رحمه الله ان اشتد قشرها تؤكل والا فلا (وجه) قوله أنه اذا لم يشتد قشرها فهى من أجزاء الميتة فتحرم بتحريم الميتة واذا اشتد قشرها فقد صار شيئاً آخر وهو منفصل عن الدجاجة فيحل (ولنا) انه شىء طاهر فى نفسه مودع فى الطير منفصل عنه ليس من اجزائه فتحريمها لا يكون تحريما له كما اذا اشتد قشرها ولو ماتت شاة وخرج من ضرعها لبن يؤكل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يؤكل وهو قول الشافعى رحمهم الله جميعاً الا ان عند الشافعى لا يؤكل لكونه ميتة وعندهما لا يؤكل لنجاسة الوعاء ولابى حنيفة عليه الرحمة قوله تبارك وتعالى وان لكم فى الانعام لعبرة نسقيكم مما فى بطونه من بين فرث ودم لبناً خالصاً سائغاً للشاربين والاستدلال بالآية من وجوه أحدها انه وصفه بكونه خالصاً فيقتضى ان لا يشوبه شىء من النجاسة والثانى أنه سبحانه وتعالى وصفه بكونه سائغا للشاربين والحرام لا يسوغ للمسلم والثالث انه سبحانه وتعالى من علينا بذلك اذ الآية خرجت مخرج المنة والمنة بالحلال لا بالحرام وعلى هذا الخلاف الانفحة اذا كانت مائعة وان كانت صلبة فعند أبى حنيفة رحمه الله تؤكل وتستعمل فى الادوية كلها وعندهما يغسل ظاهرها وتؤكل وعند الشافعى لا تؤكل أصلا (وأما) الاضطرارية فركنها العقر وهو الجرح فى أى موضع كان وذلك فى الصيد وما هو فى معنى الصيد وانما كان كذلك لان الذبح اذا لم يكن مقدوراً ولا بد من اخراج الدم لازالة المحرم وتطييب اللحم وهو الدم المسفوح على ما بينا فيقام سبب الذبح مقامه وهو الجرح على الاصل المعهود فى الشرع من اقامة السبب مقام المسبب عند العذر والضرورة كما يقام السفر مقام المشقة والنكاح مقام الوطء والنوم مضطجعاً أو متوركا مقام الحدث ونحو ذلك وكذلك ما ند من الابل والبقر والغنم بحيث لا يقدر عليها صاحبها لانها بمعنى الصيد وان كان مستأنساً وقد روى ان بعيرا ند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرماه رجل فقتله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه الابل أوابد كأوابد الوحش فاذا غلبكم منها شىء فاصنعوا به هكذا وسواء ند البعير والبقر فى الصحراء أو فى المصر فذكاتهما العقر كذا روى عن محمد لانهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر عليهما قال محمد والبعير الذى ند على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان بالمدينة فدل ان ند البعير فى الصحراء والمصر سواء فى هذا الحكم (وأما) الشاة فان ندت فى الصحراء فذكاتها العقر لانه لا يقدر عليها وان ندت فى المصر لم يجز عقرها لانه يمكن أخذها اذ هى لا تدفع عن نفسها فكان الذبح مقدورا عليه فلا يجوز العقر وهذا لان العقر خلف من الذبح والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف كما فى التراب مع الماء والاشهر

مع الاقراء وغير ذلك وكذلك ما وقع منها فى قليب فلم يقدر على اخراجه ولا على مذبحه ولا منحره فان ذكاته ذكاة الصيد لكونه فى معناه لتعذر الذبح والنحر وذكر فى المنتقى فى البعير اذا صال على رجل فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله اذا كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لانه اذا كان لا يقدر على أخذه صار بمنزلة الصيد فجعل الصيال منه كنده لانه يعجز عن أخذه فيعجز عن نحره فيقام الجرح فيه مقام النحر كما فى الصيد ثم لا خلاف فى الاصطياد بالسهم والرمح والحجر والخشب ونحوها انه اذا لم يجرح لا يحل وأصله ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن صيد المعراض فقال عليه والسلام اذا خرق فكل وان أصابه بعرض فلا تأكل فانه وقيذ (وأما) الاصطياد بالجوارح من الحيوانات اما بناب كالكلب والفهد ونحوهما واما بالمخلب كالبازى والشاهين ونحوهما فكذلك فى الرواية المشهورة انه اذا لم يجرح لا يحل حتى لو خنق أو صدم ولم يجرح ولم يكسر عضوا منه لا يحل فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف انه يحل (وجه) هذه الرواية ان الكلب يأخذ الصيد على حسب ما يتفق له فقد يتفق له الاخذ بالجرح وقد يتفق بالخنق والصدم والحال حال الضرورة فيوسع الامر فيه ويجعل الخنق والصدم كالجرح كما وسع فى الذبح (وجه) ظاهر الرواية قوله تعالى يسئلونك ماذا أحل لهم قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح وهى من الجراحة فيقتضى اعتبار الجرح ولان الركن هو اخراج الدم وذلك بالذبح فى حال القدرة وفى حال العجز أقيم الجرح مقامه لكونه سبباً فى خروج الدم ولا يوجد ذلك فى الخنق وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى صيد المعراض اذا خرق فكل وان أصاب بعرضه فلا تأكل فانه وقيذ وروى انه عليه الصلاة والسلام قال ما أصبت بعرضه فلا تأكل فهو وقيذ وما أصبت بحده فكل أراد عليه الصلاة والسلام الحل والحرمة على الجرح وعدم الجرح وسمى عليه الصلاة والسلام غير المجروح وقيذا وانه حرام بقوله تبارك وتعالى والموقوذة ولانها منخنقة وانها محرمة بقوله عز وجل والمنخنقة فان لم يجرحه ولم يخنقه ولكنه كسر عضواً منه فمات فقد ذكر الكرخى رحمه الله انه لم يحك عن أبى حنيفة رحمه الله فيه شئ مصرح وذكر محمد فى الزيادات وأطلق انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا الاطلاق يقتضى انه لا يحل بالكسر وقال أبو يوسف اذا جرح بناب أو مخلب أو كسر عضواً فقتله فلا بأس بأكله فقد جعل الكسر جراحة باطنه فيلحق بالجراحة لظاهره فى حكم بنى على الضرورة والعذر (وجه) رواية محمد رحمه الله وهى الصحيحة ان الاصل هو الذبح وانما اقيم الجرح مقامه فى كونه سبباً لخروج الدم وذلك لا يوجد فى الكسر فلا يقام مقامه ولهذا لم يقم الخنق مقامه وقد قالوا اذا أصاب السهم ظلف الصيد فان وصل الى اللحم فأدماه حل والا فلا وهذا تفريع على رواية اعتبار الجرح ولو ذبح شاة ولم يسل منها دم قيل وهذا قد يكون فى شاة اعتلفت العناب اختلف المشايخ فيه قال ابو القاسم الصفار رحمه الله لا تؤكل لقوله عليه الصلاة والسلام ما فرى الاوداج وأنهر الدم فكل يؤكل بشرط انهار الدم ولم يوجد ولان الذبح لم يشرط لعينه بل لاخراج الدم المحرم وتطييب اللحم ولم يوجد فلا يحل وقال أبو بكر الاسكاف والفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمهما الله يؤكل لوجود الذبح وهو فرى الاوداج وانه سبب لخروج الدم عادة لكنه امتنع لعارض بعد وجود السبب فصار كالدم الذى احتبس فى بعض العروق عن الخروج بعد الذبح وذا لا يمنع الحل كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قطع من الية الشاة قطعة أو من فخذها انه لا يحل المبان وان ذبحت الشاة بعد ذلك لان حكم الذكاة لم يثبت فى الجزء المبان وقت الابانة لانعدام ذكاة الشاة لكونها حية وقت الابانة وحال فوات الحياة كان الجزء منفصلا وحكم الذكاة لا يظهر فى الجزء المنفصل وروى ان أهل الجاهلية كانوا يقطعون قطعة من الية الشاة ومن سنام البعير فيأكلونها فلما بعث النبى المكرم عليه الصلاة والسلام نهاهم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحى فهو ميت والجزء المقطوع مبان من حى وبائن منه فيكون ميتاً وكذلك اذا قطع ذلك من صيد لم يؤكل المقطوع وان مات الصيد بعد ذلك لما قلنا وقال الشافعى رحمه الله يؤكل اذا مات الصيد بذلك وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى وان قطع فتعلق العضو بجلده لا يؤكل لان ذلك القدر من التعلق لا يعتبر

فكان

فكان وجوده والعدم بمنزلة واحدة وان كان متعلقا باللحم يؤكل الكل لان العضو المتعلق باللحم من جملة الحيوان وذكاة الحيوان تكون لما اتصل به ولو ضرب صيداً بسيف فقطعه نصفين يؤكل النصفان عندنا جميعا وهو قول ابراهيم النخعي لانه وجد قطع الاوداج لكونها متصلة من القلب بالدماغ فأشبه الذبح فيؤكل الكل وان قطع أقل من النصف فمات فان كان مما يلي العجز لا يؤكل المبان عندنا وقال الشافعي يؤكل (وجه) قوله ان الجرح فى الصيد اذا اتصل به الموت فهو ذكاة اضطرارية وانها سبب الحل كالذبح (ولنا) قول النبي عليه الصلاة والسلام ما أبين من الحي فهو ميت والمقطوع مبان من الحي فيكون ميتاً وأما قوله ان الجرح الذى اتصل به الموت ذكاة فى الصيد فنعم لكن حال فوات الحياة عن المحل وعند الابانة المحل كان حياً فلم يقع الفعل ذكاة له وعند ما صار ذكاة كان الجزء منفصلا وحكم الذكاة لا يلحق الجزء المنفصل وان كان مما يلي الرأس يؤكل الكل لوجود قطع الاوداج فكان الفعل حال وجوده ذكاة حقيقة فيحل به الكل وان ضرب رأس صيد فأبانه نصفين طولا أو عرضا يؤكل كله فى قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال لا يؤكل النصف البائن ويؤكل ما بقي من الصيد والاصل فيه ماذكرنا أن الاوداج متصلة بالدماغ فتصير مقطوعة بقطع الرأس وكان أبو يوسف على هذا ثم ظن انها لا تكون الا فيما يلي البدن من الرأس وان كان المبان أكثر من النصف فكذلك يؤكل الكل لانه اذا قطع العروق فلم يكن ذلك ذبحاً بل كان جرحا وأنه لا يبيح المبان لما ذكرنا (وأما) شرائط ركن الذكاة فأنواع بعضها يعم نوعى الذكاة الاختيارية والاضطرارية وبعضها يخص أحدهما دون الآخر أما الذى يعمهما فمنها أن يكون عاقلا فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبي الذى لا يعقل والسكران الذى لا يعقل لما نذكر ان القصد الى التسمية عند الذبح شرط ولا يتحقق القصد الصحيح ممن لا يعقل فان كان الصبي يعقل الذبح ويقدر عليه تؤكل ذبيحته وكذا السكران (ومنها) أن يكون مسلماً أو كتابياً فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك والمجوسي والوثني وذبيحة المرتد أما ذبيحة أهل الشرك فلقوله تعالى وما أهل لغير الله وقوله عز وجل وما ذبح على النصب أى للنصب وهي الاصنام التى يعبدونها وأما ذبيحة المجوس فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بالمجوس سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولان ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة من شرائط الحل عندنا لما نذكر ولم يوجد وأما المرتد فلانه لا يقر على الدين الذى انتقل اليه فكان كالوثني الذى لا يقر على دينه ولو كان المرتد غلاما مراهقا لا تؤكل ذبيحته عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف تؤكل بناء على أن ردته صحيحة عندهما وعنده لا تصح وتؤكل ذبيحة أهل الكتاب لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد منه ذبائحهم اذ لو لم يكن المراد ذلك لم يكن للتخصيص بأهل الكتاب معنى لان غير الذبائح من أطعمة الكفرة مأكول ولان مطلق اسم الطعام يقع على الذبائح كما يقع على غيرها لانه اسم لما يتطعم والذبائح مما يتطعم فيدخل تحت اطلاق اسم الطعام فيحل لنا أكلها ويستوى فيه أهل الحرب منهم وغيرهم لعموم الآية الكريمة وكذا يستوى فيه نصارى بنى تغلب وغيرهم لانهم على دين النصارى الا أنهم نصارى العرب فيتناولهم عموم الآية الشريفة وقال سيدنا على رضى الله عنه لا تؤكل ذبائح نصارى العرب لانهم ليسوا بأهل الكتاب وقرأ قوله عز شأنه ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أماني وقال ابن عباس رضى الله عنهما تؤكل وقرأ قوله عز وجل ومن يتولهم منكم فانه منهم والآية الكريمة التى تلاها سيدنا على رضى الله عنه دليل على انهم من أهل الكتاب لانه قال عز وجل ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب أى من أهل الكتاب وكلمة من للتبعيض الا أنهم يخالفون غيرهم من النصارى فى بعض شرائعهم وذا لا يخرجهم عن كونهم نصارى كسائر النصارى فان انتقل الكتابي الى دين أهل الكتاب من الكفرة لا تؤكل ذبيحته لان المسلم لو انتقل الى ذلك الدين لا تؤكل ذبيحته فالكتابي أولى ولو انتقل غير الكتابي من الكفرة الى دين أهل الكتاب تؤكل ذبيحته والاصل انه ينظر الى حاله ودينه فيه انه ينظر الى حاله ودينه وقت ذبيحته دون ماسواه وهذا أصل أصحابنا ان من انتقل من ملة يقر عليها يجعل كانه من أهل تلك الملة من الاصل على ماذكرنا فى كتاب

النكاح والمولود بين كتابي وغير كتابي تؤكل ذبيحته أيهما كان الكتابي الاب أو الام عندنا وقال مالك يعتبر الاب فان كان كتابياً تؤكل والا فلا وقال الشافعي لا تؤكل ذبيحته رأساً والصحيح قولنا لان جعل الولد تبعاً للكتابي منهما أولى لانه خيرهما ديناً بالنسبة فكان باتباعه اياه أولى وأما الصابئون فتؤكل ذبائحهم في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعند أبي يوسف ومحمد لا تؤكل واختلاف الجواب لاختلاف تفسيرهم في الصابئين انهم ممن هم وقد ذكرنا ذلك في كتاب النكاح ثم انما تؤكل ذبيحة الكتابي اذا لم يشهد ذبحه ولم يسمع منه شئ أو سمع وشهد منه تسمية الله تعالى وحده لانه اذا لم يسمع منه شيأ يحمل على أنه قد سمى الله تبارك وتعالى وجرد التسمية تحسيناً للظن به كما بالمسلم ولو سمع منه ذكر اسم الله تعالى لكنه عنى بالله عز وجل المسيح عليه الصلاة والسلام قالوا تؤكل لانه أظهر تسمية هي تسمية المسلمين الا اذا نص فقال بسم الله الذي هو ثالث ثلاثة فلا تحل وقد روى عن سيدنا علي رضي الله عنه انه سئل عن ذبائح أهل الكتاب وهم يقولون ما يقولون فقال رضي الله عنه قد أحل الله ذبائحهم وهو يعلم ما يقولون فاما اذا سمع منه أنه سمى المسيح عليه الصلاة والسلام وحده أو سمى الله سبحانه وتعالى وسمى المسيح لا تؤكل ذبيحته كذا روى سيدنا علي رضي الله عنه ولم يرو عنه غيره خلافه فيكون اجماعاً ولقوله عز وجل وما أهل لغير الله وهذا أهل لغير الله عز وجل به فلا يؤكل ومن أكلت ذبيحته ممن ذكرنا أكل صيده الذي صاده بالسهم أو بالجوارح ومن لا فلا لان أهلية المذكي شرط في نوعي الذكاة الاختيارية والاضطرارية جميعاً (ومنها) التسمية حالة الذكر عندنا وعند الشافعي ليست بشرط أصلا وقال مالك رحمه الله انها شرط حالة الذكر والسهو حتى لا يحل متروك التسمية ناسياً عنده والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضي الله تعالى عنهم أما الكلام مع الشافعي رحمه الله فانه احتج بقوله تبارك وتعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا ان يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير أمر النبي عليه الصلاة والسلام ان يقول انه لا يجد فيما أوحي اليه محرما سوى الاشياء الثلاثة ومتروك التسمية لم يدخل فيها فلا يكون محرما ولا يقال يحتمل انه لم يكن المحرم وقت نزول الآية الكريمة سوى المذكور فيها ثم حرم بعد ذلك متروك التسمية بقوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه قيل ان سورة الانعام نزلت جملة واحدة ولو كان متروك التسمية محرما لكان واجداله فيجب ان يستثنيه كما استثنى الاشياء الثلاثة (ولنا) قوله عز وجل ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق والاستدلال بالآية من وجهين أحدهما ان مطلق النهي للتحريم في حق العمل والثاني انه سمى اكل ما لم يذكر اسم الله عليه فسقا بقوله عز وجل وانه لفسق ولا فسق الا بارتكاب المحرم ولا تحمل الا على الميتة وذبائح أهل الشرك بقول بعض اهل التأويل في سبب نزول الآية الكريمة لان العام لا يخص بالسبب عندنا بل يعمل بعموم اللفظ لما عرف في أصول الفقه مع ما ان الحمل على ذلك حمل على التكرار لان حرمة الميتة وذبائح أهل الشرك ثبتت بنصوص أخر وهي قوله عز وجل حرمت عليكم الميتة وقوله عز وجل وما أهل لغير الله به وقوله عز وجل وما ذبح على النصب فالحمل على ما قاله يكون حملا على ما قلنا و يكون حملا على فائدة جديدة فكان أولى وقوله عز وجل فاذكروا اسم الله عليها صواف ومطلق الامر للوجوب في حق العمل ولو لم يكن شرطا لما وجب وروى الشعبي عن عدي بن حاتم رضي الله عنهما قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد الكلب فقال ما أمسك عليك ولم يأكل منه فكله فان أخذه ذكاته فان وجدت عند كلبك غيره فخشيت أن يكون أخذه معه وقد قتله فلا تأكل لانك انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الاكل وعلل بترك التسمية فدل انها شرط (وأما) الآية الكريمة ففيها انه كان يجد وقت نزول الآية الشريفة محرما سوى المذكور فيها فاحتمل انه كان كذلك وقت نزول الآية الشريفة ووجد تحريم متروك التسمية بعد ذلك لما تلونا كما كان لا يجد تحريم كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير وتحريم الحمار والبغل عند نزولها ثم وجد بعد ذلك بوحي متلو أو غير متلو على ما ذكرنا (وأما) ما روى ان سورة الانعام نزلت كلها جملة واحدة فروى على طريق الآحاد فلا يقبل

في

في إبطال حرمة ثبتت بالكتاب على ان المذكور فيهامن جملة المستثنى الميتة فما الدليل على ان متروك التسمية عمدا ليس
بميتة بل هو ميتة عندنا مع انه لا يجد فيما أوحى اليه محرما سوى المذكور ونحن لا نطلق اسم المحرم على متروك التسمية اذ
المحرم المطلق ماثبتت حرمته بدليل مقطوع به ولم يوجد ذلك في محل الاجتهاد اذا كان الاختلاف بين أهل الديانة وانما
نسميه مكروها أو محرما في حق الاعتقاد قطعا على طريق التعيين بل على الابهام ان ما أراد الله عز وجل من هذا النهي
فهو حق لكنا نمتنع عن أكله احتياطا وهو تفسير الحرمة في حق العمل (وأما) الكلام مع مالك رحمه الله فهو احتج
بعموم قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه من غير فصل بين العمد والسهو ولان التسمية لما كانت
واجبة حالة العمد فكذا حالة النسيان لان النسيان لا يمنع الوجوب والحظر كالخطأ حتى كان الناسي والخاطئ جائز
المؤاخذة عقلا ولهذا استوى العمد والسهو في ترك تكبيرة الافتتاح والطهارة وغيرهامن الشرائط والكلام في الصلاة
عمدا أوسهوا عندكم كذا ههنا (ولنا) ماروى عن راشد بن سعد عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال ذبيحة المسلم
حلال سمى أو لم يسم مالم يتعمد وهذا نص في الباب وأما الآية فلا تتناول متروك التسمية لوجهين أحدهما أنه قال
عز وجل وانه لفسق أي ترك التسمية عند الذبح فسق وترك التسمية سهوا لا يكون فسقا وكذا كل متروك التسمية
سهوا لا يلحقه سمة الفسق لان المسئلة اجتهادية وفيها اختلاف الصحابة فدل ان المراد من الآية الكريمة متروك
التسمية عمدا لا سهوا والثاني ان الناسي لم يترك التسمية بل ذكر اسم الله عز وجل والذكر قد يكون باللسان وقد يكون
بالقلب قال الله تعالى ولا تطع من اغفلنا قلبه عن ذكرنا والناسي ذاكر بقلبه لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما
أنه سئل عن رجل ذبح ونسي أن يذكر اسم الله عليه فقال رضي الله عنه اسم الله عز وجل في قلب كل مسلم فليأكل
وعنه في رواية أخرى قال ان المسلم ذكر الله في قلبه وقال كما لا ينفع الاسم في الشرك لا يضر النسيان في الاسلام وعنه
رضي الله عنه في رواية أخرى قال في المسلم اسم الله تعالى فاذا ذبح ونسي ان يسمي فكل واذا ذبح المجوسي وذكر اسم الله
تعالى فلا تطعمه وعن سيدنا علي رضي الله عنه سئل عن هذا فقال انما هي على الملة فثبت ان الناسي ذاكر فكانت
ذبيحته مذكور التسمية فلا تتناولها الآية الكريمة وأما قوله ان النسيان لا يدفع التكليف ولا يدفع الحظر حتى لم
يجعل عذرا في بعض المواضع على ماضرب من الامثلة فنقول النسيان جعل عذرا مانعا من التكليف والمؤاخذة فيما
يغلب وجوده ولم يجعل عذرا فيما لا يغلب وجوده لانه لو لم يجعل عذرا فيما يغلب وجوده لوقع الناس في الحرج والحرج
مدفوع والاصل فيه ان من لم يعود نفسه فعلا يعذر في تركه واشتغاله بضده سهوا لان حفظ النفس عن العادة التي هي
طبيعة خامسة خطب صعب وأمر أمر فيكون النسيان فيه غالب الوجود فلو لم يعذر يلحقه الحرج وليس كذلك اذا لم
يعود نفسه مثاله ان الاكل والشرب من الصائم سهوا جعل عذرا في الشرع حتى لا يفسد صومه لانه عود نفسه ذلك ولم
يعودها ضده وهو الكف عن الاكل والشرب ولم يجعل ذلك عذرا في المصلي لانه لم يعود نفسه ذلك في كل زمان بل في
وقت معهود وهو الغداة والعشي خصوصا في حال الصلاة التي تخالف أوقات الاكل والشرب فكان الاكل والشرب
فيها في غاية الندرة فلم يجعل عذرا والكلام في الصلاة من هذا القبيل لان حالة الصلاة تمنع من ذلك عادة فكان النسيان
فيها نادرا فلم يجعل عذرا وكذلك ترك تكبيرة الافتتاح سهوا لان الشروع في الصلاة يكون بها وتركها سهوا عند تصميم
العزم على الشروع فيها مما يندر فلم يعذر وكذا ترك الطهارة عند حضور وقت الصلاة سهوا لان المسلم على استعداد
الصلاة عند هجوم وقتها عادة فالشروع في الصلاة من غير طهارة سهوا يكون نادرا فلا يعذر ويلحق بالعدم فأما ذكر
اسم الله تعالى فأمر لم يعوده الذابح نفسه لان الذبح على مجرى العادة يكون من القصابين ومن الصبيان الذين لم يعودوا
أنفسهم ذكر الله عز وجل فترك التسمية منهم سهوا لا يندر وجوده بل يغلب فجعل عذرا دفعا للحرج فهو الفرق بين
هذه الجملة والله سبحانه وتعالى هو الموفق واذا ثبت ان التسمية حالة الذكر من شرائط الحل عندنا فبعد ذلك يقع الكلام
في بيان ركن التسمية وفي بيان شرائط الركن وفي بيان وقت التسمية أما ركنها فذكر اسم الله عز وجل أي اسم كان

لقوله تبارك وتعالى فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ان كنتم بآياته مؤمنين ومالكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله من غير فصل بين اسم واسم وقوله عز شأنه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه لانه اذا ذكر اسما من أسماء الله تبارك وتعالى لم يكن المأكول مما لم يذكر اسم الله عليه فلم يكن محرما وسواء قرن بالاسم الصفة بان قال الله أكبر الله أجل الله أعظم الله الرحمن الله الرحيم ونحو ذلك أو لم يقرن بأن قال الله أو الرحمن أو الرحيم أو غير ذلك لانه المشروط بالآية عز شأنه وقد وجد وكذا فى حديث عدى بن حاتم رضى الله عنهما اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل من غير فصل بين اسم واسم وكذا التهليل والتحميد والتسبيح سواء كان جاهلا بالتسمية المعهودة أو عالما بها لما قلنا وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما فى تكبيرة الافتتاح انه يصير شارعا فى الصلاة بلا إله إلا الله أو الحمد لله أو سبحان الله فههنا أولى وأما على أصل أبى يوسف رحمه الله فلا يصير شارعا بهذه الالفاظ وتصح بها عنده فيحتاج هو الى الفرق والفرق له أن الشرع ماورد هناك الا بلفظ التكبير وههنا ورد بذكر اسم الله تعالى وسواء كانت التسمية بالعربية أو بالفارسية أو أى لسان كان وهو لا يحسن العربية أو يحسنها كذا روى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله لو أن رجلا سمى على الذبيحة بالرومية أو بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك عن التسمية لان الشرط فى الكتاب العزيز والسنة ذكر اسم الله تعالى مطلقا عن العربية والفارسية وهذا ظاهر على أصل أبى حنيفة رحمه الله فى اعتباره المعنى دون اللفظ فى تكبيرة الافتتاح فيستوى فى الذبح الكبيرة العربية والعجمية من طريق الاولى فأما على أصلهما فهما يحتاجان الى الفرق بين التكبير والتسمية حيث قالا فى التسمية انها جائزة بالعجمية سواء كان يحسن العربية أو لا يحسن وفى التكبير لا يجوز بالعجمية الا اذا كان لا يحسن العربية لان المشروط ههنا ذكر اسم الله تعالى وانه يوجد بكل لسان والشرط هناك لفظة التكبير لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه ويستقبل القبلة ويقول الله أكبر نفى عليه الصلاة والسلام القبول بدون لفظ التكبير ولا يوجد ذلك بغير لفظ العربية وأما شرائط الركن فمنها أن تكون التسمية من الذابح حتى لو سمى غيره والذابح ساكت وهو ذاكر غير ناس لا يحل لان المراد من قوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه أى لم يذكر اسم الله عليه من الذابح فكانت مشروطة فيه (ومنها) أن يريد بها التسمية على الذبيحة فان من أراد بها التسمية لافتتاح العمل لا يحل لان الله سبحانه وتعالى أمر بذكر اسم الله تعالى عليه فى الآيات الكريمة ولا يكون ذكر اسم الله عليه الا وأن يراد بها التسمية على الذبيحة وعلى هذا اذا قال الحمد لله ولم يرد به الحمد على سبيل الشكر لا يحل وكذا لو سبح أو هلل أو كبر ولم يرد به التسمية على الذبيحة وانما أراد به وصفه بالوحدانية والتنزه عن صفات الحدوث لا غير لا يحل لما قلنا (ومنها) تجريد اسم الله سبحانه وتعالى عن اسم غيره وان كان اسم النبى عليه الصلاة والسلام حتى لو قال بسم الله واسم الرسول لا يحل لقوله تعالى وما أهل لغير الله به وقول النبى عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما جردوا التسمية عند الذبح ولان المشركين يذكرون مع الله سبحانه وتعالى غيره فتجب مخالفتهم بالتجريد ولو قال بسم الله ومحمد رسول الله فان قال ومحمد بالجر لا يحل لانه أشرك فى اسم الله عز شأنه اسم غيره وان قال محمد بالرفع يحل لانه لم يعطفه بل استأنف فلم يوجد الاشراك الا انه يكره لوجود الوصل من حيث الصورة فيتصور بصورة الحرام فيكره وان قال ومحمدا بالنصب اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحل لانه ما عطف بل استأنف الا انه أخطأ فى الاعراب وقال بعضهم لا يحل لان انتصابه بنزع الحرف الخافض كانه قال ومحمد فيتحقق الاشراك فلا يحل هذا اذا ذكر الواو فان لم يذكر بأن قال بسم الله محمد رسول الله فانه يحل كيفما كان لعدم الشركة (ومنها) أن يقصد بذكر اسم الله تعالى تعظيمه على الخلوص ولا يشوبه بمعنى الدعاء حتى لو قال اللهم اغفر لى لم يكن ذلك تسمية لانه دعاء والدعاء لا يقصد به التعظيم المحض فلا يكون تسمية كما لا يكون تكبيرا وفى قوله اللهم اختلف المشايخ كما فى التكبير (أما) وقت التسمية فوقتها فى الذكاة الاختيارية وقت الذبح لا يجوز تقديمها عليه الا بزمان قليل لا يمكن

التحرز عنه لقوله تبارك وتعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه والذبح مضمر فيه معناه ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله تعالى عليه من الذبائح ولا يتحقق ذكر اسم الله تعالى على الذبيحة الا وقت الذبح وكذا قيل فى تأويل الآيتين الاخريين أن الذبح مضمر فيهما أى فكلوا مما ذبح بذكر اسم الله عليه وما لكم ألا تأكلوا مما ذبح بذكر اسم الله تعالى عليه فكان وقت التسميه الاختيارية وقت الذبح (وأما) الذكاة الاضطرارية فوقتها وقت الرمى والارسال لا وقت الاصابة لقول النبي عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم رضى الله عنه حين سأله عن صيد المعراض والكلب اذا رميت بالمعراض وذكرت اسم الله عليه فكل وان أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وقوله عليه أى على المعراض والكلب ولا تقع التسمية على السهم والكلب الا عند الرمى والارسال فكان وقت التسمية فيهما هو وقت الرمى والارسال والمعنى هكذا يقتضى وهو أن التسمية شرط والشرائط يعتبر وجودها حال وجود الركن لان عند وجودها يصير الركن علة كما فى سائر الاركان مع شرائطها هو المذهب الصحيح على ما عرف فى أصول الفقه والركن فى الذكاة الاختيارية هو الذبح وفى الاضطرارية هو الجرح وذلك مضاف الى الرامى والمرسل وانما السهم والكلب آلة الجرح والفعل يضاف الى مستعمل الآلة لا الى الآلة لذلك اعتبر وجود التسمية وقت الذبح والجرح وهو وقت الرمى والارسال ولا يعتبر وقت الاصابة فى الذكاة الاضطرارية لان الاصابة ليست من صنع العبد لا مباشرة ولا سبباً بل محض صنع الله عز وجل يعنى به مصنوعه هو مذهب أهل السنة والجماعة وهى المسئلة المعروفة بالمتولدات وهذا لان فعل العبد لابد وأن يكون مقدور العبد ومقدور العبد ما يقوم بمحل قدرته وهو نفسه وذلك هو الرمى السابق والارسال السابق فتعتبر التسمية عندهما على أن الاصابة قد تكون وقد لا تكون فلا يمكن ايقاع التسمية عليها وعلى هذا يخرج ما روى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله تعالى انه قال لو أن رجلا اضجع شاة ليذبحها وسمى ثم بدا له فأرسلها وأضجع أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجزه ذلك ولا تؤكل لعدم التسمية على الذبيحة عند الذبح ولو رمى صيداً فسمى فأخطأ وأصاب آخر فقتله فلا بأس بأكله وكذلك اذا أرسل كلباً على صيد فأخطأ فأخذ غير الذى أرسله عليه فقتله لوجود التسمية على السهم والكلب عند الرمى والارسال وذكر فى الاصل أرأيت الذابح يذبح الشاتين والثلاثة فيسمى على الاولى ويدع التسمية على غير ذلك عمداً قال يأكل الشاة التى سمى عليها ولا يأكل ما سوى ذلك لما بينا ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها ثم ألقى السكين وأخذ سكينا آخر فذبح به يؤكل لان التسمية فى الذكاة الاختيارية تقع على المذبوح لا على الآلة والمذبوح واحد فلا يعتبر اختلاف الآلة بخلاف ما اذا سمى على سهم ثم رمى بغيره انه لا يؤكل لان التسمية فى الذكاة الاضطرارية تقع على السهم لا على المرمى اليه وقد اختلف السهم فالتسمية على أحدهما لا تكون تسمية على الآخر ولو أضجع شاة ليذبحها وسمى عليها فكلمه انسان فأجابه أو استسقى ماء فشرب أو أخذ السكين فان كان قليلا ولم يكثر ذلك منه ثم ذبح على تلك التسمية تؤكل وان تحدث وأطال الحديث أو أخذ فى عمل آخر أو حد شفرته أو كانت الشاة قائمة فصرعها ثم ذبح لا تؤكل لان زمان ما بين التسمية والذبح اذا كان يسيرا لا يعتد به لانه لا يمكن التحرز عنه فيلحق بالعدم ويجعل كأنه سمى مع الذبح واذا كان طويلا يقع فاصلا بين التسمية والذبح فيصير كأنه سمى فى يوم وذبح فى يوم آخر فلم توجد التسمية عند الذبح متصلة به ولو سمى ثم انقلبت الشاة وقامت من مضجعها ثم أعادها الى مضجعها فقد انقطعت التسمية وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيداً ولم يسم متعمداً ثم سمى بعد ذلك أو أرسل كلباً وترك التسمية متعمدا فلما مضى الكلب فى تبع الصيد سمى أنه لا يؤكل لان التسمية لم توجد وقت الرمى والارسال وكذا لو مضى الكلب الى الصيد فزجره وسمى وانزجر بزجره انه لا يؤكل أيضا وفرق بين هذا وبين ما اذا اتبع الكلب الصيد بنفسه من غير أن يرسله أحد ثم زجره مسلم انه ان انزجر بزجره فأخذ الصيد فقتله يؤكل وان لم ينزجر لا يؤكل (ووجه) الفرق نذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو رمى أو أرسل وهو مسلم ثم ارتد أو كان حلالا فأحرم قبل الاصابة وأخذ الصيد يحل ولو كان مرتداً ثم أسلم وسمى لا يحل لان المعتبر وقت الرمى

والارسال كما بينا فتراعى الاهلية عند ذلك وعلى هذا الاصل ينبنى شرط تعيين المحل بالتسمية فى الذكاة الاختيارية
وهو بيان القسم الثانى من الشرائط التى تخص أحد النوعين دون الآخر وهى أنواع يرجع بعضها الى المذكى و بعضها
يرجع الى محل الذكاة و بعضها يرجع الى آلة الذكاة أما الذى يرجع الى المذكى فهو أن يكون حلالا وهذا فى الذكاة
الاضطرارية دون الاختيارية حتى ان المحرم اذا قتل صيد البر وسمى لا يؤكل لانه ممنوع عن قتل الصيد لحق
الاحرام لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم أى وأنتم محرمون وقوله جل شأنه أحلت
لكم بهيمة الانعام الا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم معناه والله سبحانه وتعالى أعلم أحلت لكم بهيمة الانعام
والصيد الا ما يتلى عليكم من الميتة والدم ولحم الخنزير الى آخره غير محلى الصيد وأنتم حرم لانه استثنى سبحانه وتعالى
الصيد بقوله تبارك وتعالى غير محلى الصيد وانما يستثنى الشئ من الجملة المذكورة فجعل مذكورا بطريق الاضمار
والاستثناء من الاباحة تحريم فكان اصطياد المحرم محرما فكان صيده ميتة كصيد المجوسى سواء اصطاد بنفسه أو
اصطيد له بأمره لان ما صيد له بأمره فهو صيده معنى وتحل ذبيحة المستأنس لان التحريم خص بالصيد فبقى غيره
على عموم الاباحة و يحل له صيد البحر لقوله تبارك وتعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه وقد مر ذلك وأما الذى
يرجع الى محل الذكاة فمنها تعيين المحل بالتسمية فى الذكاة الاختيارية ولا يشترط ذلك فى الذكاة الاضطرارية وهى
الرمى والارسال الى الصيد لان الشرط فى الذكاة الاختيارية ذكر اسم الله تبارك وتعالى على الذبيح لما تلونا من
الآيات ولا يتحقق ذلك الا بتعيين الذبيح بالتسمية ولان ذكر الله تبارك وتعالى لما كان واجبا فلا بد وأن يكون
مقدورا والتعيين فى الصيد ليس بمقدور لان الصائد قد يرمى و يرسل على قطيع من الصيد وقد يرمى و يرسل على
حس الصيد فلا يكون التعيين واجبا والمستأمن مقدور فيكون واجبا وعلى هذا يخرج ما اذا ذبح شاة وسمى ثم ذبح
شاة أخرى يظن ان التسمية الاولى تجزى عنهما لم تؤكل ولا بد من أن يجدد لكل ذبيحة تسمية على حدة ولو رمى
سهما فقتل به من الصيد اثنين لا بأس بذلك وكذلك لو أرسل كلبا أو بازيا وسمى فقتل من الصيد اثنين فلا بأس بذلك
لان التسمية تجب عند الفعل وهو الذبح فاذا تجدد الفعل تجدد التسمية فأما الرمى والارسال فهو فعل واحد وان كان
يتعدى الى مفعولين فتجزى فيه تسمية واحدة ووزان الصيد من المستأنس ما لو أضجع شاتين وأمر السكين عليهما
معا انه تجزئ فى ذلك تسمية واحدة كما فى الصيد فان قيل هلا جعل ظنه ان التسمية على الشاة الاولى تجزئ عن
الثانية عذرا كنسيان التسمية فالجواب ان هذا ليس من باب النسيان بل من الجهل بحكم الشرع والجهل بحكم الشرع
ليس بعذر والنسيان عذر ألا ترى ان من ظن أن الاكل لا يفطر الصائم فأكل بطل صومه ولو أكل ناسيا لا يبطل فان
نظر الى جماعة من الصيد فرمى بسهم وسمى وتعمدها ولم يتعمد واحدا بعينه فأصاب منها صيدا فقتله لا بأس بأكله
وكذلك الكلب والبازى ولو أن رجلا نظر الى غنمه فقال بسم الله ثم أخذ واحدة فأضجعها وذبحها وترك التسمية
عامدا وظن ان تلك التسمية تجزيه لا تؤكل لانه لم يسم عند الذبح والشرط هو التسمية على الذبيحة وذلك بالتسمية
عند الذبح نفسه لا عند النظر وتعيين الذبيحة مقدور فيمكن أن يجعل شرطا وتعيين الصيد بالرمى والارسال متعذر لما
بينا فلم يمكن أن يجعل شرطا ولو رمى صيدا بعينه أو أرسل الكلب أو البازى على صيد بعينه فأخطأ فأصاب غيره يؤكل
وكذا لو رمى ظبيا فأصاب طيرا أو أرسل على ظبى فأخذ طيرا لان التعيين فى الصيد ليس بشرط (ومنها) قيام أصل
الحياة فى المستأمن وقت الذبح قلت أو كثرت فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكتفى
بقيام أصل الحياة بل تعتبر حياة مقدورة كالشاة المريضة والوقيذة والنطيحة وجريحة السبع اذا لم يبق فيها الا حياة
قليلة عرف ذلك بالصياح أو بتحريك الذنب أو طرف العين أو التنفس وأما خروج الدم فلا يدل على الحياة الا اذا
كان يخرج كما يخرج من الحى المطلق فاذا ذبحها وفيها قليل حياة على الوجه الذى ذكرنا تؤكل عند أبى حنيفة رضى
الله عنه وعن أبى يوسف روايتان فى ظاهر الرواية عنه انه ان كان يعلم انها لا تعيش مع ذلك فذبحها لا تؤكل وان كان

يعلم

يعلم انها تعيش مع ذلك فذبحها تؤكل وفى رواية قال ان كان لها من الحياة مقدار ما تعيش به أكثر من نصف يوم فذبحها تؤكل والا فلا وقال محمد رحمه الله ان كان لم يبق من حياتها الا قدر حياة المذبوح بعد الذبح أو أقل فذبحها لا تؤكل وان كان أكثر من ذلك تؤكل وذكر الطحاوى قول محمد مفسراً فقال ان على قول محمد ان لم يبق معها الا الاضطراب للموت فذبحها فانها لا تحل وان كانت تعيش مدة كاليوم أو كنصفه حلت (وجه) قولهما انه اذا لم يكن لها حياة مستقرة على الوجه الذى ذكرنا كانت ميتة معنى فلا تلحقها الذكاة كالميتة حقيقة ولابى حنيفة رضى الله عنه قوله تعالى حرمت عليكم الميتة الى قوله تعالى والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثنى سبحانه وتعالى المذكى من الجملة المحرمة والاستثناء من التحريم اباحة وهذه مذكاة لوجود فرى الاوداج مع قيام الحياة فدخلت تحت النص وأما الصيد اذا جرحه السهم أو الكلب فأدركه صاحبه حياً فان ذكاه يؤكل بلا خلاف بين أصحابنا كيف ما كان سواء كانت فيه حياة مستقرة أو لم تكن وخرج الجرح من أن يكون ذكاة فى حقه وصار ذكاته الذبح فى الحياة المستقرة ذكاة مطلقة فيدخل تحت النص وان لم يكن فيه حياة مستقرة فعلى أصل أبى حنيفة رحمه الله ذكاته الذبح وقد وجد لوجود أصل الحياة فصار مذكى وعلى أصلهما لا حاجة الى الذبح لانه صار مذكى بالجرح فالذبح بعد ذلك لا يضر ان كان لا ينفع وان لم يذكه وهو قادر على ذبحه فتركه حتى مات فان كانت فيه حياة مستقرة لا يؤكل لان ذكاته تحولت من الجرح الى الذبح فاذا لم يذبح كان ميتة وان كانت حياته غير مستقرة يؤكل عند أبى حنيفة رضى الله عنه وان قلت من غير ذكاة بخلاف المستأنس عنده والفرق له ان الرمى والارسال اذا اتصل به الجرح كان ذكاة فى الصيد فلا تعتبر هذه الحياة بعد وجود الذكاة ولم تتقوم ذكاة فى المستأمن فلا بد من اعتبار هذا القدر من الحياة لتحقق الذكاة وأما عندهما فكذلك لكن على اختلاف تفسيرهما للحياة المستقرة وغير المستقرة على ما ذكرنا فى المستأمن هكذا ذكر عامة المشايخ رحمهم الله وذكر الجصاص رحمه الله وقال يجب أن يكون قول أبى حنيفة رحمه الله فى الصيد مثل قوله فى المستأنس على أن قوله يجب الذبح فى جميع الاحوال لا يحل بدونه سواء كانت الحياة مستقرة أو غير مستقرة وقد ذكرنا وجه الفرق له على قول عامة المشايخ رحمهم الله وان مات قبل أن يقدر على ذبحه لضيق الوقت أو لعدم آلة الذكاة ذكر القدورى عليه الرحمة انه لا يؤكل عندنا وعند محمد بن شجاع البلخى ومحمد بن مقاتل الرازى رحمهما الله يؤكل استحساناً أشار الى أن القول بالحرمة قياس ومن مشايخنا رحمهم الله من جعل جواب الاستحسان مذهبنا أيضاً وتركوا القياس (وجه) القياس انه لما ثبتت يده عليه فقد خرج من ان يكون صيداً لزوال معنى الصيد وهو التوحش والامتناع فيزول الحكم المختص بالصيد وهو اعتبار الجرح ذكاة وصار كالشاة اذا مرضت وماتت فى وقت لا يتسع لذبحها انها لا تؤكل كذا هذا (وجه) الاستحسان ان الذبح هو الاصل فى الذكاة وانما يقام الجرح مقامه خلفاً عنه وقد وجد شرط بخلافه وهو العجز عن الاصل فيقام الخلف مقامه كما فى سائر الاخلاف مع أصولها وقال أصحابنا رحمهم الله لو جرحه السهم أو الكلب فأدركه لكن لم يأخذه حتى مات فان كان فى وقت لو أخذه يمكنه ذبحه فلم يأخذه حتى مات لم يؤكل لان الذبح صار مقدوراً عليه فخرج الجرح من أن يكون ذكاة وان كان لا يمكنه ذبحه أكل لانه اذا لم يأخذه ولا يتمكن من ذبحه لو أخذه بقى ذكاته الجرح السابق ودلت هذه المسألة على أن جواب الاستحسان فى المسألة المتقدمة مذهب أصحابنا جميعاً لانه لا فرق بين المسألتين سوى أن هناك أخذ وههنا لم يأخذ وما يصنع بالاخذ اذا لم يقدر على ذكاته وجواب القياس عن هذا ان حقيقة القدرة والتمكن لا عبرة بها لان الناس مختلفون فى ذلك فان منهم من يتمكن من الذبح فى زمان قليل لهدايته فى ذلك ومنهم من لا يتمكن الا فى زمان طويل لقلة هدايته فيه فلا يمكن بناء الحكم على حقيقة القدرة والتمكن فيقام السبب الظاهر وهو ثبوت اليد مقامها كما فى السفر مع المشقة وغير ذلك وذكر ابن سماعة فى نوادره رحمه الله عن أبى يوسف لو أن رجلاً قطع شاة نصفين ثم ان رجلاً فرى أوداجها والرأس يتحرك أو شق بطنها فأخرج ما فى جوفها وفرى رجل آخر الاوداج فان هذا لا يؤكل لان

الاول قاتل وذكر القدورى رحمه الله ان هذا على وجهين ان كانت الضربة مما يلى العجز لم تؤكل الشاة وان كانت
مما يلى الرأس أكلت لان العروق المشروطة فى الذبح متصلة من القلب الى الدماغ فاذا كانت الضربة مما يلى
الرأس فقد قطعها فحلت وان كانت مما يلى العجز فلم يقطعها فلم تحل وأما خروج الدم بعد الذبح فيما لا يحل الا بالذبح فهل
هو من شرائط الحل فلا رواية فيه واختلف المشايخ على ماذكرنا فيما تقدم وكذا التحرك بعد الذبح هل هو شرط ثبوت
الحل فلا رواية فيه أيضاً عن أصحابنا وذكر فى بعض الفتاوى انه لا بد من أحد شيئين اما التحرك واما خروج
الدم فان لم يوجد لا يحل كأنه جعل وجود أحدهما بعد الذبح علامة الحياة وقت الذبح فاذا لم يوجد لم تعلم حياته وقت
الذبح فلا يحل وقال بعضهم ان علم حياته وقت الذبح بغير التحرك يحل وان لم يتحرك بعد الذبح ولا خرج منه الدم والله
أعلم (ومنها) ما يخص الذكاة الاضطرارية وهو أن لا يكون صيد الحرم فان كان لا يؤكل ويكون ميتة سواء كان
المذكى محرما أو حلالا لان التعرض لصيد الحرم بالقتل والدلالة والاشارة محرم حقاً لله تعالى قال الله تعالى أولم يروا أنا
جعلنا حرما آمنا ويتخطف الناس من حولهم وقال النبي عليه الصلاة والسلام فى صفة الحرم ولا ينفر صيده والفعل فى
الحرم شرعا لا يكون ذكاة وسواء كان مولده الحرم أو دخل من الحل اليه لانه يضاف الى الحرم فى الحالين فيكون صيد
الحرم وأما الذى يرجع الى آلة الذكاة (فمنها) أن يكون ما يصطاد به من الجوارح من الحيوانات من ذى الناب من السباع
وذى المخلب من الطير معلماً لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح معطوفا على قوله سبحانه وتعالى يسئلونك ماذا أحل لهم
قل أحل لكم الطيبات أى أحل لكم الطيبات وأحل لكم ما علمتم من الجوارح أى الاصطياد بما علمتم من الجوارح
كانهم سألوا النبي عليه الصلاة والسلام عما يحل لهم الاصطياد به من الجوارح أيضا مع ماذكر فى بعض القصة أن
النبي عليه الصلاة والسلام لما أمر بقتل الكلاب أتاه ناس فقالوا ماذا يحل لنا من هذه الامة التى أمرت بقتلها فنزل قوله
تعالى جل شأنه يسئلونك الآية ففى الآية الكريمة اعتبار الشرطين وهما الجرح والتعليم حيث قال عز شأنه وما
علمتم من الجوارح لان الجوارح هى التى تجرح مأخوذ من الجرح وقيل الجوارح الكواسب قال الله عز شأنه ويعلم
ماجرحتم بالنهار أى كسبتم والحمل على الاول أولى لانه حمل على المعنيين لانها بالجراحة تكسب وقوله تعالى مكلبين
قرئ بالخفض والنصب وقيل بالخفض صاحب الكلب يقال كلاب ومكلب وبالنصب الكلب المعلم وقيل المكلبين
بالخفض الكلاب التى يكلبن الصيد أى يأخذنه عن شدة فالكلب هو الاخذ عن شدة ومنه الكلوب للآلة التى
يؤخذ بها الحديد وقوله جلت عظمته تعلمونهن أى تعلمونهن بمسكن الصيد لكم ولا يأكلن منه وهذا حد التعليم فى
الكلب عندنا على مانذكره ان شاء الله تعالى فدلت الآية الكريمة على أن كون الكلب معلما شرط لاباحة أكل
صيده فلا يباح أكل صيد غير المعلم واذا ثبت هذا الشرط فى الكلب بالنص ثبت فى كل ما هو فى معناه من كل ذى ناب
من السباع كالفهد وغيره مما يحتمل التعلم بدلالة النص لان فعل الكلب انما يضاف الى المرسل بالتعليم اذ المعلم هو
الذى يعمل لصاحبه فيأخذ لصاحبه ويمسك على صاحبه فكان فعله مضافا الى صاحبه فأما غير المعلم فانما يعمل
لنفسه لا لصاحبه فكان فعله مضافا اليه لا الى المرسل لذلك شرط كونه معلما ثم لا بد من معرفة حد التعليم فى الجوارح
من ذى الناب كالكلب ونحوه وذى المخلب كالبازى ونحوه أما تعليم الكلب فهو انه اذا أرسل اتبع الصيد واذا أخذه
أمسكه على صاحبه ولا يأكل منه شيأ وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله تعليمه أن يتبع الصيد اذا أرسل
ويجيب اذا دعى وهو أحد قولى الشافعى رحمه الله حتى لو أخذ صيداً فأكل منه لا يؤكل عندنا وعنده يؤكل (وجه)
قوله ان كونه معلما انما شرط للاصطياد فيعتبر حالة الاصطياد وهى حالة الاتباع فأما الامساك على صاحبه وترك
الاكل يكون بعد الفراغ عن الاصطياد فلا يعتبر فى الحد ولنا الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب فقوله عز وجل
تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم فى الآية الكريمة اشارة الى أن حد تعليم الكلب وما هو فى معناه ما قلنا
وهو الامساك على صاحبه وترك الاكل منه لانه شرط التعليم ثم أباح أكل ما أمسك علينا فكان هذا اشارة الى أن

التعليم هو أن يمسك علينا الصيد ولا يأكل منه يقرره ان الله تعالى انما أباح أكل صيد المعلم من الجوارح الممسك على صاحبه ولو لم يكن ترك الاكل من حد التعليم وكان ما أكل منه حلالا لاستوى فيه المعلم وغير المعلم والممسك على صاحبه وعلى نفسه لان كل كلب يطلب الصيد ويمسه لنفسه حتى يموت ان أرسلت عليه واغريته الا المعلم وأما السنة فما روى عن عدى بن حاتم الطائى أنه قال قلت يارسول الله انا قوم نتصيد بهذه الكلاب والبزاة فما يحل لنا منها فقال عليه الصلاة والسلام يحل لكم ما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم مما علمتموهن من كلب أو بازوذكرتم اسم الله عليه قلت فان قتل قال عليه الصلاة والسلام اذا قتله ولم يأكل منه فكل فانما أمسك عليك وان أكل فلا تأكل فانما أمسك على نفسه فقلت يارسول الله أرأيت ان خالط كلابنا كلاب أخرى قال عليه الصلاة والسلام ان خالطت كلابك كلاب أخرى فلا تأكل فانك انما ذكرت اسم الله تعالى على كلبك ولم تذكره على كلب غيرك وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال اذا أكل الكلب من الصيد فليس بمعلم وعنه أيضاً انه قال اذا أكل الكلب فلا تأكل واذا أكل الصقر فكل لان الكلب يستطيع أن تضربه والصقر لا وعن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه قال اذا أكل الكلب من الصيد فلا تأكل واضربه وأما المعقول فمن وجهين أحدهما ان أخذ الصيد وقتله مضاف الى المرسل وانما الكلب آلة الاخذ والقتل وانما يكون مضافا اليه اذا أمسك لصاحبه لا لنفسه لان العامل لنفسه يكون عمله مضافا اليه لا الى غيره والامساك على صاحبه أن يترك الاكل منه وهو حد التعليم والثانى ان تعليم الكلب ونحوه هو تبديل طبعه وفطامه عن العادة المألوفة ولا يتحقق ذلك الا بامساك الصيد لصاحبه وترك الاكل منه لان الكلب ونحوه من السباع من طباعهم انهم اذا أخذوا الصيد فانما يأخذونه لانفسهم ولا يصبرون على أن لا يتناولوا منه فاذا أخذ واحد منهم الصيد ولم يتناول منه دل انه ترك عادته حيث أمسك لصاحبه ولم يأكل منه فاذا أكل منه دل انه على عادته سواء اتبع الصيد اذا أغرى واستجاب اذا دعى أولا لانه ألوف فى الاصل يجيب اذا دعى ويتبع اذا أغرى فلا يصلح ذلك دليلا على تعلمه فثبت أن معنى التعليم لا يتحقق الا بما قلنا وهو أن يمسك الصيد على صاحبه ولا يأكل منه ثم فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رضى الله عنه لا توقيت فى تعليمه انه اذا أخذ صيدا ولم يأكل منه هل يصير معلما أم يحتاج فيه الى التكرار وكان يقول اذا كان معلما فكل كذا ذكر فى الاصل وهكذا روى بشر بن الوليد رحمه الله عن أبى يوسف قال سألت أبا حنيفة رحمه الله ما حد تعليم الكلب قال ان يقول أهل العلم بذلك انه معلم وذكر الحسن بن زياد فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله أنه قال لا يأكل ما يصيد اولا ولا الثانى ولو أكل الثالث وما بعده وابو يوسف ومحمد رحمهما الله قدراه بالثلاث فقالا اذا أخذ صيداً فلم يأكل ثم صاد ثانيا فلم يأكل ثم صاد ثالثا فلم يأكل فهذا معلم فأبو حنيفة رضى الله عنه على الرواية المشهورة عنه انما رجع فى ذلك الى أهل الصناعة ولم يقدر فيه تقديراً لان حال الكلب فى الامساك وترك الاكل يختلف فقد يمسك للتعليم وقد يمسك للشبع ففوض ذلك الى أهل العلم بذلك وعلى الرواية الاخرى جعل أصل التكرار دلالة التعلم لان الشبع لا يتفق فى كل مرة فدل تكرار الترك على التعلم وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله قدرا التكرار بثلاث مرات لما أن الثلاث موضوعة لابداء الاعذار أصله قضية سيدنا موسى عليه وعلى نبينا أفضل الصلاة والسلام مع العبد الصالح حيث قال له فى المرة الثالثة ان سألتك على شئ بعدها فلا تصاحبنى قد بلغت من لدنى عذراً وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه قال من اتجر فى شئ ثلاث مرات فلم يربح فلينتقل الى غيره ثم اذا صار معلماً فى الظاهر على اختلاف الاقاويل وصاد به صاحبه ثم أكل بعد ذلك فما صاد قبل ذلك لا يؤكل شئ منه ان كان باقياً فى قول أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يؤكل كله (وجه) قولهما ان أكل الكلب يحتمل أن يكون لعدم التعلم ويحتمل أن يكون مع التعلم لفرط الجوع ويحتمل أن يكون للنسيان لان المعلم قد ينسى فلا يحرم ما تقدم من الصيود بالشك والاحتمال ولابى حنيفة رحمه الله ان علامة التعلم لما كانت ترك الاكل فاذا أكل بعد ذلك علم انه لم يكن معلماً وان امسا كه لم يكن لصيرورته معلماً بل

لشبعه فى الحال اذ غير المعلم قد يمسكه بشبعه للحال الى وقت الحاجة فاستدللنا بأكله بعد ذلك على ان امساكه فى الوقت
الذى قبله كان على غير حقيقة التعليم أو يحتمل ذلك فلا تحل مع الاحتمال احتياطا ومن المشايخ من حمل جواب أبى
حنيفة رحمه الله على ما اذا كان زمان الاكل قريبا من زمان التعليم لانه اذا كان كذلك فالاكل يدل على عدم التعلم
وانه انما ترك الاكل فيما تقدم للشبع لا للتعليم لان المدة القصيرة لا تحتمل النسيان فى مثلها فاذا طالت المدة فيجوز أن
يقال انه يؤكل ما بقى من الصيود المتقدمة لانه يحتمل أن يكون الاكل للنسيان لا لعدم التعلم لوجود مدة لا يندر
النسيان فى مثلها الا أن ظاهر الرواية عنه مطلق عن هذا التفصيل واطلاق الرواية يقتضى أنه لا يؤكل على كل حال
والوجه ماذكرنا وأما قولهم ان النسيان لا يندر عند طول المدة فنقول من تعلم حرفة تمامها وكمالها فالظاهر انه لا ينساها
بالكلية وان طالت مدة عدم الاستعمال لكن ربما يدخلها الخلل كصنعة الكتابة والخياطة والرمى اذا تركها صاحبها
مدة طويلة فلما أكل وحرفته ترك الاكل دل انه لم يكن تعلم الحرفة من الاصل وانه انما لم يأكل قبل ذلك لا للتعلم بل
لشبعه فى الحال فلا تحل صيوده المتقدمة وأما فى المستقبل فلا يحل صيده الا بتعليم مستأنف بلا خلاف فأما على قول
أبى حنيفة رضى الله عنه فلانه تبين بالاكل انه لم يكن معلما وان ترك الاكل لم يكن للتعلم بل لشبعه للحال وأما على قولهما
فلانه يحتمل أن يكون لم يتعلم كما قال أبو حنيفة رحمه الله و يحتمل انه نسى وكيف ما كان لا يحل صيده فى المستقبل
الا بتعلم مبتدأ أو تعليمه فى الثانى بما به تعليمه فى الاول وقد ذكرنا الاختلاف فيه ولو جرح الكلب الصيد وولغ فى دمه
يؤكل لانه قد أمسك الصيد على صاحبه وانما ولغ فيما أمسك على صاحبه لكان لا يأكله صاحبه وذلك من غاية تعلمه
حيث تناول الخبيث وأمسك الطيب على صاحبه وذكر فى الاصل فى رجل أرسل كلبه على صيد وهو معلم فأخذ
صيدا فقتله وأكل منه ثم اتبع آخر فقتله ولم يأكل منه قال لا يؤكل واحد منهما لانه لما أكل دل على عدم التعلم أو على
النسيان فلا يحل صيده بعد ذلك فان أخذ الكلب المعلم صيدا فأخذه منه صاحبه وأخذ صاحب الكلب من الصيد
قطعة فالقاها الى الكلب فأكلها الكلب فهو على تعلمه لان ترك الاكل انما يعتبر حال أخذه الصيد فأكله باطعام صاحبه
بعد الاخذ لا يقدح فى التعلم مع ما ان من عادة الصائد بالكلب انه اذا أخذ الكلب الصيد أن يطعمه من لحمه ترغيبا له
على الصيد فلا يكون أكله باطعامه دليلا على عدم التعلم وكذلك لو كان صاحب الكلب أخذ الصيد من الكلب ثم
وثب الكلب على الصيد فأخذ منه قطعة فأكلها وهو فى يد صاحبه فانه على تعلمه لان الاكل بعد ثبوت يد الآدمى
عليه بمنزلة الاكل من غيره فلا يقدح فى التعليم وكذلك قالوا لو سرق الكلب من الصيد بعد دفعه الى صاحبه لانه انما
يفعل ذلك للجوع لان هذا الاكل لم يدخل فى التعليم وان أرسل الكلب المعلم على صيد فتبعه فنهشه فقطع منه قطعة
فأكلها ثم أخذ الصيد بعد ذلك فقتله ولم يأكل منه شيأ لا يؤكل لان الاكل منه فى حال الاصطياد دليل على عدم التعلم
فان نهشه فألقى منه بضعة والصيد حى ثم اتبع الصيد بعد ذلك فأخذه فقتله ولم يأكل منه شيأ يؤكل لانه لم يوجد منه
مايدل على عدم التعليم لانه انما قطع قطعة منه ليثخنه فيتوصل به الى أخذه فكان بمنزلة الجرح وان أخذ صاحب الكلب
الصيد من الكلب بعد ما قطعه ثم رجع الكلب بعد ذلك فمر بتلك القطعة فأكلها يؤكل صيده لانه لو أكل من نفس
الصيد فى هذه الحالة لا يضر فاذا أكل مما بان منه أولى وان اتبع الصيد فنهشه فأخذ منه بضعة فأكلها وهو حى فانفلت
الصيد منه ثم أخذ الكلب صيدا آخر فى فوره فقتله ولم يأكل منه ذكر فى الاصل وقال أكره أكله لان الاكل فى حالة
الاصطياد يدل على عدم التعلم فلا يؤكل ما اصطاده بعده والله تعالى عز شأنه أعلم وأما تعليم ذى المخلب كالبازى
اونحوه فهو أن يجيب صاحبه اذا دعاه ولا يشترط فيه الامساك على صاحبه حتى لو أخذ الصيد فأكل منه فلا بأس
بأكل صيده بخلاف الكلب ونحوه والفرق من وجوه أحدها ان التعلم بترك العادة والطبع والبازى من عادته
التوحش من الناس والتنفر منهم بطبعه فالفه بالناس واجابته صاحبه اذا دعاه يكفى دليلا على تعلمه بخلاف الكلب
فانه ألوف بطبعه يألف بالناس ولا يتوحش منهم فلا يكفى هذا القدر دليل التعلم فى حقه فلابد من زيادة أمر وهو ترك

الاكل

الاكل والثانى ان البازى انما يعلم بالاكل فلا يحتمل أن يخرج بالاكل عن حد التعليم بخلاف الكلب والثالث ان الكلب يمكن تعليمه بترك الاكل بالضرب لان جثته تتحمل الضرب والبازى لالان جثته لا تتحمل وقد روى عن سيدنا على وابن عباس وسلمان الفارسى رضى الله عنهم انهم قالوا اذا أكل الصقر فكل وان أكل الكلب فلا تأكل ومنها الارسال اوالزجر عند عدمه على وجه ينزجر بالزجر فيما يحتمل ذلك وهو الكلب وما فى معناه حتى لو ترسل بنفسه ولم يزجره صاحبه فيما ينزجر بالزجر لا يحل صيده الذى قتله لان الارسال فى صيد الجوارح أصل ليكون القتل والجرح مضافا الى المرسل الا أن عند عدمه يقام الزجر مقام الانزجار فيما يحتمل قيام ذلك مقامه فاذا لم يوجد فلا تثبت الاضافة فلا يحل ولو أرسل مسلم كلبه وسمى فزجره مجوسى فانزجر يؤكل صيده ولو ارسل مجوسى كلبه فزجره مسلم فانزجر لا يؤكل صيده وكذلك لو أرسل مسلم كلبه وترك التسمية عمدا فاتبع الصيد ثم زجره فانزجر لا يؤكل صيده ولو لم يرسله أحد وانبعث بنفسه فاتبع الصيد فزجره مسلم وسمى فانزجر يؤكل صيده وان لم ينزجر لا يؤكل وانما كان كذلك لان الارسال هو الاصل والزجر كالخلف عنه والخلف يعتبر حال عدم الاصل لا حال وجوده ففى المسائل الثلاث وجد الاصل فلا يعتبر الخلف الا أن فى المسئلة الاولى المرسل من أهل الارسال فيؤكل صيده وفى المسئلة الثانية لا فلا يؤكل وفى المسئلة الرابعة لم يوجد الاصل فيعتبر الخلف فيؤكل صيده ان انزجر وان لم ينزجر لا يؤكل لان الزجر بدون الانزجار لا يصلح خلفاً عن الارسال فكان ملحقا بالعدم فيصير كانه يرسل بنفسه من غير ارسال ولا زجر ولو أرسله مسلم وسمى و زجره رجل ولم يسم على زجره فأخذ الصيد وقتله يؤكل لما ذكرنا ان العبرة للارسال فيعتبر وجود التسمية عنده وأصل آخر لتخريج هذه المسائل ماذكره بعض مشايخنا ان الدلالة لا تعتبر اذا وجد الصريح واذا لم يوجد تعتبر ففى المسائل الثلاث وجد من الكلب صريح الطاعة بالارسال حيث عدا بارساله وانزجاره طاعة للزاجر بطريق الدلالة فلا يعتبر فى مقابلة الصريح وفى المسئلة الرابعة لم يوجد الصريح فاعتبرت الدلالة وعلى هذا يخرج بقية المسائل ومنها بقاء الارسال وهو أن يكون أخذ الكلب أو البازى الصيد فى حال فور الارسال لا فى حال انقطاعه حتى لو أرسل الكلب أو البازى على صيد وسمى فاخذ صيداً أو قتله ثم أخذ آخر على فوره ذلك وقتله ثم يؤكل ذلك كله لان الارسال لم ينقطع فكان الثانى كالاول مع ما بينا ان التعيين ليس بشرط فى الصيد لانه لا يمكن فكان أخذ الكلب أو البازى الصيد فى فور الارسال كوقوع السهم بصيدين فان أخذ صيدا وجثم عليه طويلا ثم مر به آخر فأخذه وقتله لم يؤكل الا بارسال مستقبل أو بزجره وتسمية على وجه ينزجر فيما يحتمل الزجر لبطلان الفور وكذلك ان ارسل كلبه أو بازه على صيد فعدل عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد وفتر عن سننه ذلك ثم تبع صيدا آخر فاخذه وقتله لا يؤكل الا بارسال مستأنف أو أن يزجره صاحبه و يسمى فينزجر فيما يحتمل الزجر لانه لما تشاغل بغير طلب الصيد فقد انقطع حكم الارسال فاذا اصاد صيدا بعد ذلك فقد ترسل بنفسه فلا يحل صيده الا أن يزجره صاحبه فيما يحتمل الزجر لما بينا وان كان الذى أرسل فهدا والفهد اذا أرسل كمن ولا يتبع حتى يستمكن فيمكث ساعة ثم يأخذ الصيد فيقتله فانه يؤكل وكذلك الكلب اذا أرسل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاد لان حكم الارسال لم ينقطع بالكمون لانه انما يكمن ليتمكن من الصيد فكان ذلك من أسباب الاصطياد ووسيلة اليه فلا ينقطع به حكم الارسال كالوثوب والعدو وكذلك البازى اذا أرسل فسقط على شئ ثم طار فاخذ الصيد فانه يؤكل لانه انما يسقط على شئ ليتمكن من الصيد فكان سقوطه بمنزلة كمون الفهد وكذلك الرامى اذا رمى صيداً بسهم فأصابه فى سننه ذلك و وجهه أكل لانه اذا مضى فى سننه فلم ينقطع حكم الرمى فكان ذهابه بقوة الرامى فكان قتله مضافا اليه فيحل فان أصاب واحدا ثم نفذ الى آخر وآخر أكل الكل لما قلنا مع ما أن تعيين الصيد ليس بشرط فان أمالت الريح السهم الى ناحية أخرى يمينا أو شمالا فاصاب صيدا آخر لم يؤكل لان السهم اذا تحول عن سننه فقد انقطع حكم الرمى فصارت الاصابة بغير فعل الرامى فلا يحل كما لو كان على جبل سيف فالقته الريح على صيد فقتله انه

لا يؤكل كذا هذا فان لم ترده الريح عن وجهه ذلك أكل الصيد لانه اذا مضى فى وجهه كان مضيه بقوة الرامى وانما
الريح اعانته ومعونة الريح السهم مما لا يمكن الاحتراز عنه فكان ملحقا بالعدم فان أصابت الريح السهم وهى ريح
شديدة فدفعته لكنه لم يتغير عن وجهه فأصاب السهم الصيد فانه يؤكل لانه مضى فى وجهه ومعونة الريح اذا لم تعدل
السهم عن وجهه لا يمكن التحرز عنه فلا يعتبر ولو أصاب السهم حائطاً أو صخرة فرجع فاصاب صيدا فانه لا يؤكل لان
فعل الرامى انقطع وصارت الاصابة فى غير جهة الرمى فان مر السهم بين الشجر فجعل يصيب الشجر فى ذلك الوجه
لكن السهم على سننه فأصاب صيدا فقتله فانه يؤكل فان رده شئ من الشجر يمنة أو يسرة لا يؤكل لما بينا فان مر
السهم فجشه حائط وهو على سننه ذلك فاصاب صيداً فقتله أكل لان فعل الرامى لم ينقطع وانما أصاب السهم الصيد
والحائط وذلك لا يمنع الحل وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان حكم الارسال لا ينقطع بالتغير عن سننه يمينا وشمالا
الا اذا رجع من ورائه ولو أن رجلا رمى بسهم وسمى ثم رمى رجل آخر بسهم وسمى فأصاب السهم الاول السهم
الثانى قبل أن يصيب الصيد فرده عن وجهه ذلك فاصاب صيدا فقتله فانه لا يؤكل لانه لما رده السهم الثانى عن سننه
انقطع حكم الرمى فلا يتعلق به الحل قال القدورى وهذا محمول على أن الرامى الثانى لم يقصد الاصطياد لان القتل
حصل بفعله وهو لم يقصد الاصطياد فلا يحل فاما اذا كان الثانى رمى للاصطياد فيحل أكل الصيد وهو للثانى لانه مات
بفعله وان لم يقصده بالرمى وتعيين المرمى اليه ليس بشرط ولو أن رجلين رمى كل واحد منهما صيدا بسهم فاصابا الصيد
جميعا ووقعت الرميتان بالصيد معاً فمات فهو لهما ويؤكل (أما) حل الاكل فظاهر (وأما) كون الصيد لهما فلانهما
اشتركا فى سبب الاستحقاق وتساويا فيه فيتساويان فى الاستحقاق فان أصابه سهم الاول فوقذه ثم أصابه سهم
الآخر فقتله قال أبو يوسف رحمه الله يؤكل والصيد للاول وقال زفر رحمه الله لا يؤكل وهذا فرع اختلافهم فى أن
المعتبر فى الرمى حال الرمى أو حال الاصابة فعند أصحابنا الثلاثة المعتبر حال الرمى وعند زفر حال الاصابة (ووجه)
البناء على هذا الاصل ان المعتبر لما كان حال الرمى عندنا فقد وجد الرمى منهما والصيد ممتنع فلا يتعلق بالسهم الثانى
حظر الا ان الملك للاول لان سهمه أخرجه من حيز الامتناع فصار السهم الثانى كانه وقع بصيد مملوك فلا يستحق به
شيء فكان الاعتبار بحال الرمى فى حق الحل والاصابة فى حق الملك لان الحل يتعلق بالفعل والملك يتعلق بالمحل ولما
كان الاعتبار بحال الاصابة عنده فقد أصابه الثانى والصيد غير ممتنع فصار كمن رمى الى شاة فقتلها (وجه) قول
زفر رحمه الله الاعتبار حال الاصابة ان الملك يقف ثبوته على الاصابة فانه لو لم يصب لا يملك فدل ان المعتبر هو وقت
الاصابة ولنا أن حال الرمى هو الذى يفعله والتسمية معتبرة عند فعله فكان الاعتبار بحال الرمى وكذلك ان رمى
أحدهما بعد الآخر قبل اصابة الاول فهو كرميهما معا فى القولين لان رمى الثانى وجد والصيد ممتنع فصار كما لو رميا معاً
فان أصابه سهم الاول ولم يخرجه من الامتناع فأصابه الثانى فقتله فهو للثانى لان الاول اذا لم يخرجه عن حد الامتناع
ففعل الاصطياد وجد من الثانى وللاول تسبب فى الصيد فصار كمن أثار صيداً وأخذه غيره ان الصيد يكون للآخذ
لا للمثير كذا هذا وان كان سهم الاول وقذه وأخرجه عن الامتناع ثم أصابه سهم الثانى فهذا على وجوه ان مات من
الاول أكل وعلى الثانى ضمان ما نقصته جراحته لان السهم الاول وقع به وهو صيد فاذا قتله حل وقد ملكه الاول
بالاصابة فالجراحة الثانية نقص فى ملك الاول فيضمنها الثانى وان مات من الجراحة الثانية لم يؤكل لان الثانى رمى اليه
وهو غير ممتنع فصار كالرمى الى الشاة ويضمن الثانى ما نقصته جراحته لانه نقص دخل فى ملك الغير بفعله ثم يضمن
قيمته مجروحا بجراحتين لانه أتلف بفعله الا أنه غرم نقصان الجرح الثانى فلا يضمنه ثانياً والجرح الاول نقص
حصل بفعل المالك للصيد فلا يضمنه الثانى وان مات من الجراحتين لم يؤكل لان أحد الرميين حاظر والآخر
مبيح فالحكم للحاظر احتياطاً والصيد للاول لانفراده بسبب ملكه وهو الجراحة المخرجة له من الامتناع وعلى الثانى
للاول نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ويضمن نصف ما نقصته الجراحة الثانية لانه مات بفعلهما فسقط نصف

الضمان وثبت نصفه والجراحة الثانية يضمنها الثانى لانها حصلت فى ملك غيره ولانه أتلف على شريكه نصيبه حين أخرجه من الاباحة الى الحظر فيلزمه الضمان وان لم يعلم بأى الجراحتين مات فهو كما لو علم انه مات منهما لان كل واحدة من الجراحتين سبب القتل فى الظاهر والله جل وعز أعلم ولو أرسل كلبا على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فضربه فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه الكلب الآخر فقتله فانه يؤكل لان هذا لا يدخل فى تعليم الكلب اذ لا يمكن أن يعلم بترك الجرح بعد الجرح الاول فلا يعتبر فكأنه قتله بجرح واحد ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبه على صيد فضربه كلب أحدهما فوقذه ثم ضربه كلب الآخر فقتله فانه يؤكل لما ذكرنا ان جرح الكلب بعد الجرح مما لا يمكن التحفظ عنه فلا يوجب الحظر فيؤكل ويكون الصيد لصاحب الاول لان جراحة كلبه أخرجته عن حد الامتناع فصار ملكا له فجراحة كلب الثانى لا تزيل ملكه عنه ومنها أن يكون الارسال والرمى على الصيد واليه حتى لو أرسل على غير صيد أو رمى الى غير صيد فأصاب صيدا لا يحل لان الارسال الى غير الصيد والرمى الى غيره لا يكون اصطيادا فلا يكون قتل الصيد وجرحه مضافا الى المرسل والرامى فلا يتعلق به الاباحة وعلى هذا يخرج ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهم فأصاب صيدا ثم بان له ان الحس الذى سمعه لم يكن حس صيد وانما كان شاة أو بقرة أو آدميا انه لا يؤكل الصيد الذى أصابه فى قولهم جميعا لانه تبين انه أرسل على ما ليس بصيد ورمى الى ما ليس بصيد فلا يتعلق به الحل لما بينا من الفقه وصار كأنه رمى الى آدمى أو شاة أو بقرة وهو يعلم به فأصاب صيدا انه لا يؤكل كذا هذا وان كان الحس حس صيد فأصاب صيدا يؤكل سواء كان ذلك الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول بعد أن كان المصاب صيدا مأكولا وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر ان كان ذلك الحس حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع ونحوها لا يؤكل وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه ان كان حس ضبع يؤكل الصيد وان كان حس خنزير لا يؤكل الصيد (وجه) قول زفر ان السبع غير مأكول فالرمى اليه لا يثبت به حل الصيد المأكول كما لو كان حس آدمى فرمى اليه فأصاب صيدا ولنا أن الارسال الى الصيد اصطياد مباح مأكولا كان الصيد أو غير مأكول فتتعلق به اباحة الصيد المأكول لان حل الصيد المأكول يتعلق بالارسال فاذا كان الارسال حلالا يثبت حله الا أنه لا يثبت بحل الارسال حل حكم المرسل اليه لان حرمته ثبتت لمعنى يرجع الى المحل فلا تتبدل بالفعل ولان المعتبر فى الارسال هو قصد الصيد فأما التعيين فليس بشرط لما بينا فيما تقدم وقد قصد الصيد حلالا كان أو حراما بخلاف ما اذا كان الحس حس آدمى لان الارسال على الآدمى ليس باصطياد فضلا عن أن يكون حلالا اذ لا يتعلق حل الصيد بما ليس باصطياد وعلى الوجه الثانى لم يوجد منه قصد الصيد فلا يتعلق به الحل (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله فى فصله بين سائر السباع وبين الخنزير أن الخنزير محرم العين حتى لا يجوز الانتفاع به بوجه فسقط اعتبار الارسال عليه والتحق بالعدم فأما سائر السباع فجاز الانتفاع بها فى غير جهة الاكل فكان الارسال اليها معتبرا وان سمع حسا ولكنه لا يعلم انه حس صيد أو غيره فأرسل فأصاب صيدا لم يؤكل لانه اذا لم يعلم استوى الحظر والاباحة فكان الحكم للحظر احتياطا وذكر فى الاصل فيمن رمى خنزيرا أهليا فأصاب صيدا قال لا يؤكل لان الخنزير الاهلى ليس بصيد لعدم التوحش والامتناع فكان الرمى اليه كالرمى الى الشاة فلا يتعلق به حل الصيد وان أصاب صيدا مأكولا وقد قالوا فيمن سمع حسا فظنه آدميا فرماه فأصاب الحس نفسه فاذا هو صيد أكل لانه رمى الى المحسوس المعين وهو الصيد فصح ونظيره ما اذا قال لامرأته وأشار اليها هذه الكلبة طالق انها تطلق ويبطل الاسم وقالوا لو رمى طائرا فأصاب صيدا أو ذهب المرمى اليه ولم يعلم أوحشى أو مستأنس أكل الصيد لان الاصل فى الطير التوحش فيجب التمسك بالاصل حتى يعلم الاستئناس ولو علم ان المرمى اليه داجن تأوى البيوت لا يؤكل الصيد لان الداجن يأوى البيت وتثبت اليد عليه فكان الرمى اليه كالرمى الى الشاة وذلك لا يتعلق به الحل كذا هذا وقالوا لو رمى بعيرا فأصاب صيدا

وذهب البعير فلم يعلم أناد أو غير ناد لم يؤكل الصيد حتى يعلم أن البعير كان نادا لان الاصل فى الابل الاستئناس فيتمسك بالاصل حتى يظهر الامر بخلافه واختلفت الرواية عن أبى يوسف رحمه الله فيمن رمى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا فقال فى رواية لا يؤكل لان السمك والجراد لا ذكاة لهما و روى عنه انه يؤكل لان المرمى اليه من جملة الصيد وان كان لا ذكاة له وقالوا لو أرسل كلبه على ظبى موثق فاصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق ليس بصيد لعدم معنى الصيد فيه وهو الامتناع فأشبه شاة ولو أرسل بازه على ظبى وهو لا يصيد الظبى فأصاب صيدا لم يؤكل لان هذا ارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلبا على قتل رجل فاصاب صيدا (ومنها) أن لا يكون ذو الناب الذى يصطاد به من الجوارح محرم العين فان كان محرم العين وهو الخنزير فلا يؤكل صيده لان محرم العين محرم الانتفاع به والاصطياد به انتفاع به فكان حراما فلا يتعلق به الحل (وأما) ماسواه من ذى الناب من السباع فقد قال أصحابنا جميعا كل ذى مخلب وذى ناب علم فتعلم ولم يكن محرم العين فصيد به كان صيده حلالا لعموم قوله عز شأنه وما علمتم من الجوارح وقالوا فى الاسد والذئب انه لا يجوز الصيد بهما لا لمعنى يرجع الى ذاتهما بل لعدم احتمال التعلم لان التعلم بترك العادة وذلك بترك الاكل وقيل ان من عادتهما أنهما اذا أخذا صيدا لا يأكلانه فى الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل فيهما على التعلم حتى لو تصور تعليمهما يجوز وذكر هشام وقال سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا أرى انه لا يكون فان كان فلا بأس به وقال سألته عن صيد ابن عرس فأخبرنى أن أبا حنيفة رحمه الله قال اذا علم فتعلم فكل مما صاد فصار الاصل ماذكرنا ان مالا يكون محرم العين من الجوارح اذا علم فتعلم يؤكل صيده والله جل شأنه اعلم (ومنها) أن يعلم ان تلف الصيد بارسال أو رمى هو سبب الحل من حيث الظاهر فان شاركهما معنى أو سبب يحتمل حصول التلف به والتلف به مما لا يفيد الحل لا يؤكل الا اذا كان ذلك المعنى مما لا يمكن الاحتراز عنه لانه اذا احتمل حصول التلف بما لا يثبت به الحل فقد احتمل الحل والحرمة فيرجح جانب الحرمة احتياطا لانه ان أكل عسى انه أكل الحرام فيأثم وان لم يأكل فلا شئ عليه والتحرز عن الضرر واجب عقلا وشرعا والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين و بينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ما اجتمع الحلال والحرام فى شئ الا وقد غلب الحرام الحلال وعلى هذا يخرج ما اذا رمى صيدا أو هو يطير فأصابه فسقط على جبل ثم سقط منه على الارض فمات انه لا يؤكل وهو تفسير المتردى لانه يحتمل أنه مات من الرمى و يحتمل أنه مات بسقوطه عن الجبل و كذلك لو كان على جبل فأصابه فسقط منه شئ على الجبل ثم سقط على الارض فمات أو كان على سطح فأصابه فهوى فأصاب حائط السطح ثم سقط على الارض فمات أو كان على نخلة أو شجرة فسقط منها على جذع النخلة أو ند من الشجرة ثم سقط على الارض فمات أو وقع على رمح مركوز فى الارض وفيه سنان فوقع على السنان ثم وقع على الارض فمات أو نشب فيه السنان فمات عليه أو أصاب سهمه صيدا فوقع فى الماء فمات فيه لا يحل لانه يحتمل انه مات بالرمى و يحتمل أنه مات بهذه الاسباب الموجودة بعده وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال وان وقع فى الماء فلا تأكله فلعل الماء قتله بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلل بما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهو وقوعه فى الماء والحكم المعلل بعلة يتعمم بعموم العلة ولو أصابه السهم فوقع على الارض فمات فالقياس ان لا يؤكل لجواز موته بسبب وقوعه على الارض وفى الاستحسان يؤكل لانه لا يمكن الاحتراز عن وقوع المرمى اليه على الارض فلو اعتبر هذا الاحتمال لوقع الناس فى الحرج وذكر فى المنتقى فى الصيد اذا وقع على صخرة فانشق بطنه أو انقطع رأسه انه لا يؤكل قال الحاكم الجليل الشهيد المروزى وهذا خلاف جواب الاصل قال القدورى رحمه الله وعنى به أنه خلاف عموم جواب الاصل لانه ذكر فى الاصل لو وقع على آجرة موضوعة فى الارض أكل ولم يفصل بين أن يكون انشق بطنه أو لم ينشق فهذا يقتضى أن يؤكل فى الحالين فيجوز أن يجعل فى المسألة روايتان و يجوز أن يفرق بين الحالين من حيث أن

لو

لوانشق بطنه أوانقطع رأسه فالظاهر أن موته بهذا السبب لا بالرمى فكان احتمال موته بالرمى احتمال خلاف الظاهر فلا يعتبر واذا لم ينشق ولم ينقطع فموته بكل واحد من السببين محتمل احتمالا على السواء الا أن التحرز غير ممكن فسقط اعتبار موته بسبب العارض ويجوز أن يكون المذكور فى المنتقى تفسيرا لما ذكر فى الاصل فيكون معناه أنه يؤكل اذا لم ينشق بطنه أو لم ينقطع رأسه فيحمل المطلق على المقيد ويجعل المقيد بيانا للمطلق عند تعذر العمل بهما ولو وقع على حرف آجرة أوحرف حجر ثم وقع على الارض فمات لم يؤكل لما قلنا ولو كانت الآجرة منطرحة على الارض فوقع عليها ثم مات أكل لان الآجرة المنطرحة كالارض فوقوعه عليها كوقوعه على الارض ولو وقع على جبل فمات عليه أكل لان استقراره على الجبل كاستقراره على الارض وذكر فى المنتقى عن أبى يوسف رحمه الله لو رمى صيدا على قلة جبل فأثخنه حتى صار لا يتحرك ولم يستطع ان يأخذه فرماه فقتله ووقع لم يأكله لانه خرج عن كونه صيدا بالرمى الاول لخروجه عن حد الامتناع فالرمى الثانى لم يصادف صيدا فلم يكن ذكاة له فلا يؤكل وعلى هذا يخرج ما اذا اجتمع على الصيد معلم وغير معلم أو مسمى عليه وغير مسمى انه لا يؤكل لاجتماع سببى الحظر والاباحة ولم يعلم أيهما قتله ولو أرسل مسلم كلبه فاتبع الكلب كلب آخر غير معلم لكنه لم يرسله أحد ولم يزجره بعد انبعاثه أو سبع من السباع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصادبه فرد الصيد عليه ونهشه أو فعل ما يكون معونة للكلب المرسل فأخذه الكلب المرسل وقتله لا يؤكل لان رد الكلب ونهشه مشاركة فى الصيد فأشبه مشاركة المعلم غير المعلم والمسمى عليه غير المسمى عليه بخلاف ما اذا رد عليه آدمى أو بقرة أو حمار أو فرس أو ضب لان فعل هؤلاء ليس من باب الاصطياد فلا يزاحم الاصطياد فى الاباحة فكان ملحقا بالعدم فان تبع الكلب الاول كلب غير معلم ولم يرد عليه ولم يهيب الصيد ولكنه اشتد عليه وكان الذى أخذ وقتل الكلب المعلم لا بأس بأكله لانهما ما اشتركا فى الاصطياد لعدم المعاونة فيحل أكله والله جل شأنه أعلم (ومنها) أن يلحق المرسل او الرامى الصيد أو من يقوم مقامه قبل التوارى عن عينه أو قبل انقطاع الطلب منه اذا لم يدرك ذبحه فان توارى عن عينه وقعد عن طلبه ثم وجده لم يؤكل فأما اذا لم يتوار عنه أو توارى لكنه لم يقعد عن الطلب حتى وجده يؤكل استحسانا والقياس انه لا يؤكل (وجه) القياس انه يحتمل ان الصيد مات من جراحة كلبه أو من سهمه ويحتمل أنه مات بسبب آخر فلا يحل أكله بالشك (وجه) الاستحسان ماروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بالروحاء على حمار وحش عقير فتبادر أصحابه اليه فقال دعوه فسيأتى صاحبه فجاء رجل من فهر فقال هذه رميتى يارسول الله وأنا فى طلبها وقد جعلتها لك فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم سيدنا أبا بكر رضى الله عنه فقسمه بين الرفاق ولان الضرورة توجب ذلك لان هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه فى الصيد فان العادة ان السهم اذا وقع بالصيد تحامل فغاب واذا أصاب الكلب اخوف منه غاب فلو اعتبرنا ذلك لادى ذلك الى انسداد باب الصيد ووقوع الصيادين فى الحرج فسقط اعتبار الغيبة التى لا يمكن التحرز عنها اذا لم يوجد من الصائد تفريط فى الطلب لمكان الضرورة والحرج وعند قعوده عن الطلب لا ضرورة فيعمل بالقياس وقد روى ان رجلا أهدى الى النبى عليه الصلاة والسلام صيدا فقال له من أين لك هذا فقال رميته بالامس وكنت فى طلبه حتى هجم على الليل فقطعنى عنه ثم وجدته اليوم ومزراقى فيه فقال عليه الصلاة والسلا انه غاب عنك ولا أدرى لعل بعض الهوام أعانك عليه لا حاجة لى فيه بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلة الحكم وهو ما ذكرنا من احتمال موته بسبب آخر وهذا المعنى لا يتحقق فيه اذا لم يقعد عن الطلب وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه سئل عن ذلك فقال كل ما أصميت ودع ما أنميت قال أبو يوسف رحمه الله الاصماء ما عاينه والانماء ما توارى عنه وقال هشام عن محمد رحمه الله الاصماء ما لم يتوار عن بصرك والانماء ما توارى عن بصرك الا أنه أقيم الطلب مقام البصر للضرورة ولا ضرورة عند عدم الطلب ولانه اذا قعد عن طلبه فمن الجائز أنه لو كان طلبه لادركه حيا فيخرج الجرح من أن يكون ذكاة فلا يحل بالشك بخلاف ما اذا لم يقعد عن طلبه لانه لم يدركه حيا فبقى الجرح ذكاة له والله تعالى عز وجل أعلم وأما

ما يستحب من الذكاة وما يكره منها (فمنها) ان المستحب أن يكون الذبح بالنهار و يكره بالليل والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن الاضحى ليلا وعن الحصاد ليلا وهو كراهة تنزيه ومعنى الكراهة يحتمل أن يكون لوجوه أحدها ان الليل وقت أمن وسكون و راحة فايصال الالم فى وقت الراحة يكون أشد والثانى انه لا يأمن من أن يخطئ فيقطع يده ولهذا كره الحصاد بالليل والثالث ان العروق المشروطة فى الذبح لا تتبين فى الليل فربما لا يستوفى قطعها (ومنها) انه يستحب فى الذبح حالة الاختيار أن يكون ذلك بآلة حادة من الحديد كالسكين والسيف ونحو ذلك و يكره بغير الحديد و بالكليل من الحديد لان السنة فى ذبح الحيوان ما كان أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته والاصل فيه ماروينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان الله تعالى عز شأنه كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته وفى بعض الروايات وليشد قوائمه وليلقه على شقه الايسر وليوجهه نحو القبلة وليسم الله تعالى عليه والذبح بما قلنا أسهل على الحيوان وأقرب الى راحته (ومنها) التذفيف فى قطع الاوداج و يكره الابطاء فيه لما روينا عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال وليرح ذبيحته والاسراع نوع راحة له (ومنها) الذبح فى الشاة والبقرة والنحر فى الابل و يكره القلب من ذلك لما ذكرنا فيما تقدم والله عز شأنه أعلم ومنها أن يكون ذلك من قبل الحلقوم و يكره من قبل القفا لما مر (ومنها) قطع الاوداج كلها و يكره قطع البعض دون البعض لما فيه من ابطاء فوات حياته (ومنها) الاكتفاء بقطع الاوداج ولا يبلغ به النخاع وهو العرق الابيض الذى يكون فى عظم الرقبة ولا يبان الرأس ولو فعل ذلك يكره لما فيه من زيادة ايلام من غير حاجة اليها وفى الحديث ألا لا تنخعوا الذبيحة والنخع القتل الشديد حتى يبلغ النخاع (ومنها) أن يكون الذابح مستقبل القبلة والذبيحة موجهة الى القبلة لما روينا ولما روى أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا اذا ذبحوا استقبلوا القبلة فانه روى عن الشعبى أنه قال كانوا يستحبون أن يستقبلوا بالذبيحة القبلة وقوله كانوا كناية عن الصحابة رضى الله عنهم ومثله لا يكذب ولان المشركين كانوا يستقبلون بذبائحهم الى الاوثان فتستحب مخالفتهم فى ذلك باستقبال القبلة التى هى جهة الرغبة الى طاعة الله عز شأنه و يكره أن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وانما يقول ذلك بعد الفراغ من الذبح أو قبل الاشتغال بالذبح هكذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله عن حماد عن ابراهيم وكذلك قال أبو يوسف أدع بالتقبل قبل الذبح ان شئت أو بعده وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح وروينا عن ابن مسعود رضى الله عنهما أنه قال جردوا التسمية عند الذبح ولو قال ذلك لا تحرم الذبيحة لانه ماذكر اسم غير الله عز شأنه على سبيل الاشراك لكنه يكره لترك التجريد من حيث الصورة فان قيل أليس انه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته فالجواب انه ليس فيه انه ذكر مع اسم الله تعالى جل شأنه نفسه عليه الصلاة والسلام أو أمته فيحتمل انه ضحى أحدهما وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عنه وضحى الآخر وذكر اسم الله تعالى ونوى بقلبه أن يكون عن أمته وهذا لا يوجب الكراهة و يكره له بعد الذبح قبل أن تبرد أن ينخعها أيضا وهو أن ينحرها حتى يبلغ النخاع وأن يسلخها قبل أن تبرد لان فيه زيادة ايلام لا حاجة اليها فان نخع أو سلخ قبل أن تبرد فلا بأس بأكلها لوجود الذبح بشرائطه و يكره جرها برجلها الى المذبح لانه الحاق زيادة ألم بها من غير حاجة اليها فى الذكاة وروى عن ابن سيرين عن سيدنا عمر رضى الله عنهما أنه رأى رجلا يسوق شاة له ليذبحها سوقا عنيفا فضربه بالدرة ثم قال له سقها الى الموت سوقا جميلا لا أم لك و يكره أن يضجعها و يحد الشفرة بين يديها لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد الشفرة وهى تلاحظه فقال عليه الصلاة والسلام أوددت أن تميتها موتات الا حددت الشفرة قبل أن تضجعها وروى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه رأى رجلا وقد أضجع شاة ووضع رجله على صفحة وجهها وهو يحد الشفرة فضربه

بالدرة

بالدرة فهرب الرجل وشردت الشاة ولان البهيمة تعرف الآلة الجارحة كما تعرف المهالك فتتحرز عنها فاذا أحد الشفرة وقد أضجعها يزداد ألمها وهذا كله لا تحرم به الذبيحة لان النهى عن ذلك ليس لمعنى فى المنهى بل لما يلحق الحيوان من زيادة ألم لا حاجة اليه فكان النهى عنه لمعنى فى غير المنهى وانه لا يوجب الفساد كالذبح بسكين مغصوب والاصطياد بقوس مغصوب ونحو ذلك

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يحرم أكله من أجزاء الحيوان المأكول فالذى يحرم أكله منه سبعة الدم المسفوح والذكر والانثيان والقبل والغدة والمثانة والمرارة لقوله عز شأنه ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث وهذه الاشياء السبعة مما تستخبثه الطباع السليمة فكانت محرمة وروى عن مجاهد رضى الله عنه أنه قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم فالمراد منه كراهة التحريم بدليل انه جمع بين الاشياء الستة وبين الدم فى الكراهة والدم المسفوح محرم والمروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه قال الدم حرام وأكره الستة أطلق اسم الحرام على الدم المسفوح وسمى ما سواه مكروها لان الحرام المطلق ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة الدم المسفوح قد ثبتت بدليل مقطوع به وهو النص المفسر من الكتاب العزيز قال الله تعالى عز شأنه قل لا أجد فيما أوحى الى محرما الى قوله عز شأنه أو دما مسفوحا أو لحم خنزير وانعقاد الاجماع أيضا على حرمته فأما حرمة ما سواه من الاشياء الستة فما ثبتت بدليل مقطوع به بل بالاجتهاد أو بظاهر الكتاب العزيز المحتمل للتأويل أو الحديث لذلك فصل بينهما فى الاسم فسمى ذلك حراما وذا مكروها والله عز اسمه أعلم

## ﴿كتاب الاصطياد﴾

قد بينا فى كتاب الذبائح والصيود ما يؤكل من الحيوانات وما يحرم أكله منها وما يكره والآن نبين فى كتاب الاصطياد ما يباح اصطياده وما لا يباح ومن يباح له الاصطياد ومن لا يباح له فقط أما الاول فيباح اصطياد ما فى البحر والبر مما يحل أكله وما لا يحل أكله غير أن ما يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بلحمه وما لا يحل أكله يكون اصطياده للانتفاع بجلده وشعره وعظمه أو لدفع أذيته الا صيد الحرم فانه لا يباح اصطياده الا المؤذى منه لقوله عز شأنه أولم يروا انا جعلنا حرما آمنا وقول النبى عليه الصلاة والسلام فى صيد الحرم فى حديث فيه طول ولا ينفر صيده وخص منه المؤذيات بقوله عليه الصلاة والسلام خمس من الفواسق يقتلن فى الحل والحرم وأما الثانى فيباح اصطياد ما فى البحر للحلال والمحرم ولا يباح اصطياد ما فى البر للمحرم خاصة لقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الى قوله تعالى وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما والفصل بين صيد البر والبحر وغير ذلك من المسائل بيناه فى كتاب الحج والله عز شأنه الموفق

## ﴿كتاب التضحية﴾

يحتاج لمعرفة مسائل هذا الكتاب الى بيان صفة التضحية انها واجبة أولا والى بيان شرائط الوجوب لو كانت واجبة والى بيان وقت الوجوب والى بيان كيفية الوجوب والى بيان محل اقامة الواجب والى بيان شرائط جواز اقامة الواجب والى بيان ما يستحب أن يفعل قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره كراهة تحريم أو تنزيه أما صفة التضحية فالتضحية نوعان واجب وتطوع والواجب منها أنواع منها ما يجب على الغنى والفقير ومنها ما يجب على الفقير دون الغنى ومنها ما يجب على الغنى دون الفقير أما الذى يجب على الغنى والفقير فالمنذور به بأن قال لله على ان أضحى شاة أو بدنة أو هذه الشاة أو هذه البدنة أو قال جعلت هذه الشاة ضحية أو أضحية وهو غنى أو فقير لان هذه قربة لله تعالى عز شأنه من جنسها ايجاب وهو هدى المتعة والقران والاحصار وفداء اسماعيل عليه الصلاة والسلام وقيل هذه القربة تلزم بالنذر كسائر القرب التى لله تعالى عز شأنه من جنسها ايجاب من الصلاة والصوم ونحوهما والوجوب بسبب

النذر يستوى فيه الفقير والغنى وان كان الواجب يتعلق بالمال كالنذر بالحج أنه يصح من الغنى والفقير جميعاً وأما الذى يجب على الفقير دون الغنى فالمشترى للاضحية اذا كان المشترى فقيرا بان اشترى فقير شاة ينوى أن يضحى بها وقال الشافعى رحمه الله لا تجب وهو قول الزعفرانى من أصحابنا وان كان غنيا لا يجب عليه بالشراء شىء بالاتفاق (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان الايجاب من العبد يستدعى لفظاً يدل على الوجوب والشراء بنية الاضحية لا يدل على الوجوب فلا يكون ايجابا ولهذا لم يكن ايجابا من الغنى (ولنا) ان الشراء للاضحية ممن لا أضحية عليه يجرى مجرى الايجاب وهو النذر بالتضحية عرفا لانه اذا اشترى للاضحية مع فقره فالظاهر أنه يضحى فيصير كانه قال جعلت هذه الشاة أضحية بخلاف الغنى لان الاضحية واجبة عليه بايجاب الشرع ابتداء فلا يكون شراؤه للاضحية ايجابا بل يكون قصدا الى تفريغ ما فى ذمته ولو كان فى ملك انسان شاة فنوى أن يضحى بها أو اشترى شاة ولم ينو الاضحية وقت الشراء ثم نوى بعد ذلك أن يضحى بها لا يجب عليه سواء كان غنيا أو فقيرا لان النية لم تقارن الشراء فلا تعتبر (وأما) الذى يجب على الغنى دون الفقير فما يجب من غير نذر ولا شراء للاضحية بل شكرا لنعمة الحياة واحياء لميراث الخليل عليه الصلاة والسلام حين أمره الله تعالى عز اسمه بذبح الكبش فى هذه الايام فداء عن ولده ومطية على الصراط ومغفرة للذنوب وتكفيرا للخطايا على ما نطقت بذلك الاحاديث وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وزفر والحسن بن زياد واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمهم الله وروى عن أبى يوسف رحمه الله انها لا تجب وبه أخذ الشافعى رحمه الله وحجة هذه الرواية ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم الوتر والضحى والاضحى وروى ثلاث كتبت على وهى لكم سنة وذكر عليه الصلاة والسلام الاضحية والسنة غير الواجب فى العرف وروى ان سيدنا ابا بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين وروى عن أبى مسعود الانصارى رضى الله عنه أنه قال قد يروح على الف شاة ولا أضحى بواحدة مخافة أن يعتقد جارى انها واجبة ولانها لو كانت واجبة لكان لا فرق فيها بين المقيم والمسافر لانهما لا يفترقان فى الحقوق المتعلقة بالمال كالزكاة وصدقة الفطر ثم لا تجب على المسافر فلا تجب على المقيم (ولنا) قوله عز وجل فصل لربك وانحر قيل فى التفسير صل صلاة العيد وانحر البدن بعدها وقيل صل الصبح بجمع وانحر بمنى ومطلق الامر للوجوب فى حق العمل ومتى وجب على النبى عليه الصلاة والسلام يجب على الامة لانه قدوة للامة فان قيل قد قيل فى بعض وجوه التأويل لقوله عز شانه وانحر أى ضع يديك على نحرك فى الصلاة وقيل استقبل القبلة بنحرك فى الصلاة فالجواب ان الحمل على الاول أولى لانه حمل اللفظ على فائدة جديدة والحمل على الثانى حمل على التكرار لان وضع اليد على النحر من أفعال الصلاة عندكم يتعلق به كمال الصلاة واستقبال القبلة من شرائط الصلاة لا وجود للصلاة شرعا بدونه فيدخل تحت الامر بالصلاة فكان الامر بالصلاة أمرا به فحمل قوله عز شانه وانحر عليه يكون تكرارا والحمل على ما قلناه يكون حملا على فائدة جديدة فكان أولى وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال ضحوا فانها سنة أبيكم ابراهيم عليه الصلاة والسلام أمر عليه الصلاة والسلام بالتضحية والامر المطلق عن القرينة يقتضى الوجوب فى حق العمل وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال على أهل كل بيت فى كل عام اضحاة وعتيرة وعلى كلمة ايجاب ثم نسخت العتيرة فثبتت الاضحاة وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من لم يضح فلا يقربن مصلانا وهذا خرج مخرج الوعيد على ترك الاضحية ولا وعيد الا بترك الواجب وقال عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته ومن لم يذبح فليذبح بسم الله أمر عليه الصلاة والسلام بذبح الاضحية واعادتها اذا ذبحت قبل الصلاة وكل ذلك دليل الوجوب ولان اراقة الدم قربة والوجوب هو القربة فى القربات (وأما) الحديث فنقول بموجبه ان الاضحية ليست بمكتوبة علينا ولكنها واجبة وفرق ما بين الواجب والفرض كفرق ما بين السماء والارض على ما عرف فى أصول الفقه وقوله هى لكم سنة ان ثبت لا ينفى الوجوب اذ السنة تنبئ عن الطريقة أو السيرة وكل ذلك لا ينفى الوجوب (وأما) حديث سيدنا أبى

بكر وسيدنا عمر رضى الله عنهما فيحتمل أنهما كانا لا يضحيان السنة والسنتين لعدم غناهما لما كان لا يفضل رزقهما الذى كان فى بيت المال عن كفايتهما والغنى شرط الوجوب فى هذا النوع وقول أبى مسعود رضى الله عنه لا يصلح معارضاً للكتاب الكريم والسنة مع ما أنه يحتمل انه كان عليه دين فخاف على جاره لو ضحى ان يعتقد وجوب الاضحية مع قيام الدين و يحتمل انه أراد بالوجوب الفرض اذ هو الواجب المطلق فخاف على جاره اعتقاد الفرضية لو ضحى فصان اعتقاده بترك الاضحية فلا يكون حجة مع الاحتمال أو يحمل على ما قلنا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والاستدلال بالمسافر غير سديد لان فيه ضرورة لا توجد فى حق المقيم على ما نذكر فى بيان الشرائط ان شاء الله تعالى عز شأنه ولو نذر أن يضحى بشاة وذلك فى أيام النحر وهو موسر فعليه أن يضحى بشاتين عندنا شاة لاجل النذر وشاة بايجاب الشرع ابتداء الا اذا عنى به الاخبار عن الواجب عليه بايجاب الشرع ابتداء فلا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة ومن المشايخ من قال لا يلزمه الا التضحية بشاة واحدة لان هذه الصيغة حقيقتها للاخبار فيكون اخبارا عما وجب عليه بايجاب الشرع فلا يلزمه التضحية بأخرى ولنا ان هذه الصيغة فى عرف الشرع جعلت انشاء كصيغة الطلاق والعتاق لكنها تحتمل الاخبار فيصدق فى حكم بينه و بين ربه عز شأنه ولو قال ذلك قبل أيام النحر يلزمه التضحية بشاتين بلا خلاف لان الصيغة لا تحتمل الاخبار عن الواجب اذ لا وجوب قبل الوقت والاخبار عن لواجب ولا واجب يكون كذبا فتعين الانشاء مرادا بها وكذلك لو قال ذلك وهو معسر ثم أيسر فى أيام النحر فعليه أن يضحى بشاتين لانه لم يكن وقت النذر أضحية واجبة عليه فلا يحتمل الاخبار فيحمل على الحقيقة الشرعية وهو الانشاء فوجب عليه أضحية بنذره وأخرى بايجاب الشرع ابتداء لوجود شرط الوجوب وهو الغنى (وأما) التطوع فاضحية المسافر والفقير الذى لم يوجد منه النذر بالتضحية ولا الشراء للاضحية لانعدام سبب الوجوب وشرطه

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الوجوب فاما فى النوعين الاولين فشرائط أهلية النذر وقد ذكرناها فى كتاب النذر وأما فى النوع الثالث فمنها الاسلام فلا تجب على الكافر لانها قربة والكافر ليس من أهل القرب ولا يشترط وجود الاسلام فى جميع الوقت من أوله الى آخره حتى لو كان كافرا فى أول الوقت ثم أسلم فى آخره تجب عليه لان وقت الوجوب يفضل عن اداء الواجب فيكفى فى وجوبها بقاء جزء من الوقت كالصلاة ومنها الحرية فلا تجب على العبد وان كان مأذونا فى التجارة أو مكاتبا لانه حق مالى متعلق بملك المال ولهذا لا تجب عليه زكاة ولا صدقة الفطر ولا يشترط أن يكون حرا من أول الوقت الى آخره بل يكتفى بالحرية فى آخر جزء من الوقت حتى لو اعتق فى آخر الوقت وملك نصابا تجب عليه الاضحية لما قلنا فى شرط الاسلام ومنها الاقامة فلا تجب على المسافر لانها لا تتأدى بكل مال ولا فى كل زمان بل بحيوان مخصوص فى وقت مخصوص والمسافر لا يظفر به فى كل مكان فى وقت الاضحية فلو أوجبنا عليه لاحتاج الى حمله مع نفسه وفيه من الحرج ما لا يخفى أو احتاج الى ترك السفر وفيه ضرر فدعت الضرورة الى امتناع الوجوب بخلاف الزكاة لان الزكاة لا يتعلق وجوبها بوقت مخصوص بل جميع العمر وقتها فكان جميع الاوقات وقتا لادائها فان لم يكن فى يده شىء للحال يؤديها اذا وصل الى المال وكذا تتأدى بكل مال فايجابها عليه لا يوقعه فى الحرج وكذلك صدقة الفطر لانها تجب وجوبا موسعاً كالزكاة وهو الصحيح وعند بعضهم وان كانت تتوقف بيوم الفطر لكنها تتأدى بكل مال فلا يكون فى الوجوب عليه حرج وذكر فى الاصل وقال ولا تجب الاضحية على الحاج وأراد بالحاج المسافر فاما أهل مكة فتجب عليهم الاضحية وان حجوا لما روى نافع عن ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما انه كان يخلف لمن لم يحج من أهله أثمان الضحايا ليضحوا عنه تطوعا و يحتمل أنه ليضحوا عن أنفسهم لا عنه فلا يثبت الوجوب مع الاحتمال ولا تشترط الاقامة فى جميع الوقت حتى لو كان مسافرا فى أول الوقت ثم أقام فى آخره تجب عليه لما بينا فى شرط الحرية والاسلام ولو كان مقيما فى أول الوقت ثم سافر فى آخره لا تجب عليه لما ذكرنا هذا اذا سافر قبل ان يشترى أضحية فان اشترى شاة للاضحية ثم سافر ذكر فى المنتقى ان له بيعها ولا يضحى بها وهكذا

روى عن محمد رحمه الله انه يبيعها من المشايخ من فصل بين الموسر والمعسر فقال ان كان موسرا فالجواب كذلك لانه ما أوجب بهذا الشراء شيأ على نفسه وانما قصد به اسقاط الواجب عن نفسه فاذا سافر تبين أنه لا وجوب عليه فكان له ان يبيعها كالو شرع فى العبادة على ظن أنها عليه ثم تبين أنها ليست عليه أنه لا يلزمه الاتمام وان كان معسرا ينبغى أن تجب عليه ولا تسقط عنه بالسفر لان هذا ايجاب من الفقير بمنزلة النذر فلا يسقط بالسفر كالو شرع فى التطوع أنه يلزمه الاتمام والقضاء بالافساد كذا ههنا وان سافر بعد دخول الوقت قالوا ينبغى أن يكون الجواب كذلك لما ذكرنا ومنها الغنى لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من وجد سعة فليضح شرط عليه الصلاة والسلام السعة وهى الغنى ولانا أوجبناها بمطلق المال ومن الجائز أن يستغرق الواجب جميع ماله فيؤدى الى الحرج فلا بد من اعتبار الغنى وهو أن يكون فى ملكه مائتا درهم أو عشرون دينارا أو شىء تبلغ قيمته ذلك سوى مسكنه وما يتأثث به وكسوته وخادمه وفرسه وسلاحه وما لا يستغنى عنه وهو نصاب صدقة الفطر وقد ذكرناه وما يتصل به من المسائل فى صدقة الفطر ولو كان عليه دين بحيث لو صرف اليه بعض نصابه لا ينقص نصابه لا تجب لان الدين يمنع وجوب الزكاة فلأن يمنع وجوب الاضحية أولى لان الزكاة فرض والاضحية واجبة والفرض فوق الواجب وكذا لو كان له مال غائب لا يصل اليه فى أيام النحر لانه فقير وقت غيبة المال حتى تحل له الصدقة بخلاف الزكاة فانها تجب عليه لان جميع العمر وقت الزكاة وهذه قربة موقتة فيعتبر الغنى فى وقتها ولا يشترط أن يكون غنيا فى جميع الوقت حتى لو كان فقيرا فى أول الوقت ثم أيسر فى آخره يجب عليه لما ذكرنا ولو كان له مائتا درهم فحال عليها الحول فزكاها بخمسة دراهم ثم حضرت أيام النحر وماله مائة وخمسة وتسعون لا رواية فيه وذكر الزعفرانى أنه تجب عليه الاضحية لان النصاب وان انتقص لكنه انتقص بالصرف الى جهة هى قربة فيجعل قائما تقديرا حتى لو صرف خمسة منها الى النفقة لا تجب لانعدام الصرف الى جهة القربة فكان النصاب ناقصا حقيقة وتقديرا فلا يجب ولو اشترى الموسر شاة للاضحية فضاعت حتى انتقص نصابه وصار فقيرا فجاءت أيام النحر فليس عليه أن يشترى شاة أخرى لان النصاب ناقص وقت الوجوب فلم يوجد شرط الوجوب وهو الغنى فلو أنه وجدها وهو معسر وذلك فى أيام النحر فليس عليه أن يضحى بها لانه معسر وقت الوجوب ولو ضاعت ثم اشترى أخرى وهو موسر فضحى بها ثم وجد الاولى وهو معسر لم يكن عليه أن يتصدق بشىء لما قلنا وجميع ما ذكرنا من الشروط يستوى فيها الرجل والمرأة لان الدلائل لا تفصل بينهما وأما البلوغ والعقل فليسا من شرائط الوجوب فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد وزفر هما من شرائط الوجوب حتى تجب الاضحية فى مال الصبى والمجنون اذا كانا موسرين عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله حتى لو ضحى الاب أو الوصى من مالهما لا يضمن عندهما وعند محمد وزفر رحمهما الله يضمن وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى صدقة الفطر والحج ذكرت هنالك ومن المتأخرين من قال لا خلاف بينهم فى الاضحية انها لا تجب فى مالهما لان القربة فى الاضحية هى اراقة الدم وانها اتلاف ولا سبيل الى اتلاف مال الصغير والتصدق باللحم تطوع ولا يجوز ذلك فى مال الصغير والصغير فى العادة لا يقدر على ان يأكل جميع اللحم ولا يجوز بيعه ولا سبيل للوجوب رأسا والصحيح أنه على الاختلاف وتجب الاضحية عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ولا يتصدق باللحم لما قلنا لكن يأكل منها الصغير ويدخر له قدر حاجته ويبتاع بالباقى ما ينتفع بعينه كابتياع البالغ بجلد الاضحية ما ينتفع بعينه والذى يجن ويفيق يعتبر حاله فى الجنون والافاقة فان كان مجنونا فى أيام النحر فهو على الاختلاف وان كان مفيقا يجب بلا خلاف وقيل ان حكمه حكم الصحيح كيف ما كان ومن بلغ من الصغار فى أيام النحر وهو موسر يجب عليه باجماع بين أصحابنا لان الاهلية من الحر فى آخر الوقت لا فى أوله كما لا يشترط اسلامه وحريته واقامته فى أول الوقت لما بينا ولا يجب على الرجل أن يضحى عن عبده ولا عن ولده الكبير وفى وجوبها عليه من ماله لولده الصغير روايتان كذا ذكره القدورى رحمه الله وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انها لا تجب فى ظاهر الرواية ولكن الافضل أن يفعل ذلك وأطلق

الطحاوى رحمه الله مايدل على الوجوب فانه قال ويجب على الرجل أن يضحى عن أولاده الصغار (وجه) رواية الوجوب ان ولد الرجل جزؤه فاذا وجب عليه أن يضحى عن نفسه فكذا عن ولده ولهذا وجب عليه أن يؤدى عنه صدقة الفطر ولان له على ولده الصغير ولاية كاملة فيجب كصدقة الفطر بخلاف الكبير فانه لا ولاية له عليه (وجه) ظاهر الرواية ان الاصل ان لا يجب على الانسان شيء على غيره خصوصاً فى القربات لقول الله تعالى وأن ليس للانسان الا ماسعى وقوله جل شأنه لها ما كسبت ولهذا لم تجب عليه عن عبده وعن ولده الكبير الا ان صدقة الفطر خصت عن النصوص فبقيت الاضحية على عمومها ولان سبب الوجوب هناك رأس يمونه ويلى عليه وقد وجد فى الولد الصغير وليس السبب الرأس ههنا ألا ترى أنه يجب بدونه وكذا لا يجب بسبب العبد وأما الوجوب عليه من ماله لولد ولده اذا كان أبوه ميتاً فقد روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله ان عليه أن يضحى عنه قال القدورى رحمه الله ويجب أن يكون هذا على روايتين كما قالوا فى صدقة الفطر وقد مر وجه الروايتين فى صدقة الفطر وأما المصر فليس بشرط الوجوب فتجب على المقيمين فى الامصار والقرى والبوادى لان دلائل الوجوب لا توجب الفصل والله أعلم

﴿فصل﴾ وأما وقت الوجوب فايام النحر فلا تجب قبل دخول الوقت لان الواجبات الموقتة لا تجب قبل أوقاتها كالصلاة والصوم ونحوهما وأيام النحر ثلاثة يوم الاضحى وهو اليوم العاشر من ذى الحجة والحادى عشر والثانى عشر وذلك بعد طلوع الفجر من اليوم الاول الى غروب الشمس من الثانى عشر وقال الشافعى رحمه الله تعالى ايام النحر أربعة أيام العاشر من ذى الحجة والحادى عشر والثانى عشر والثالث عشر والصحيح قولنا لما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على وابن عباس وابن سيدنا عمر وأنس بن مالك رضى الله تعالى عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها والظاهر أنهم سمعوا ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان أوقات العبادات والقربات لا تعرف الا بالسمع فاذا طلع الفجر من اليوم الاول فقد دخل وقت الوجوب فتجب عند استجماع شرائط الوجوب ثم لجواز الاداء بعد ذلك شرائط أخر نذكرها فى موضعها ان شاء الله تعالى فان وجدت يجوز والا فلا كما تجب الصلاة بدخول وقتها ثم ان وجدت شرائط جواز ادائها جازت والا فلا والله تعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما كيفية الوجوب فانواع (منها) انها تجب فى وقتها وجوباً موسعاً ومعناه انها تجب فى جملة الوقت غير عين كوجوب الصلاة فى وقتها ففى أى وقت ضحى من عليه الواجب كان مؤدياً للواجب سواء كان فى أول الوقت او وسطه أو آخره كالصلاة والاصل ان ما وجب فى جزء من الوقت غير عين يتعين الجزء الذى أدى فيه الوجوب أو آخر الوقت كما فى الصلاة وهو الصحيح من الاقاويل على ما عرف فى أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما اذا لم يكن أهلا للوجوب فى أول الوقت ثم صار أهلا فى آخره بان كان كافراً أو عبداً أو فقيراً أو مسافراً فى أول الوقت ثم أسلم أو أعتق أو أيسر أو أقام فى آخره أنه يجب عليه ولو كان أهلا فى أوله ثم لم يبق أهلا فى آخره بان ارتد أو اعسر أو سافر فى آخره لا يجب عليه ولو ضحى فى أول الوقت وهو فقير ثم أيسر فى آخر الوقت فعليه أن يعيد الاضحية عندنا وقال بعض مشايخنا ليس عليه الاعادة والصحيح هو الاول لانه لما أيسر فى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب عليه وتبين ان ما أداه وهو فقير كان تطوعا فلا ينوب عن الواجب وما روى عن الكرخى رحمه الله فى الصلاة المؤداة فى أول الوقت انها نفل مانع من الوجوب فى آخر الوقت فاسد عرف فساده فى أصول الفقه ولو كان موسراً فى جميع الوقت فلم يضح حتى مضى الوقت ثم صار فقيراً صار قيمة شاة صالحة للاضحية ديناً فى ذمته يتصدق بها متى وجدها لان الوجوب قد تأكد عليه بآخر الوقت فلا يسقط بفقره بعد ذلك كالمقيم اذا مضى عليه وقت الصلاة ولم يصل حتى سافر لا يسقط عنه شطر الصلاة وكالمرأة اذا مضى عليها وقت الصلاة وهى طاهرة ثم حاضت لا يسقط عنها فرض الوقت حتى يجب عليها القضاء اذا طهرت من حيضها كذا ههنا ولو مات الموسر فى أيام النحر قبل أن يضحى سقطت عنه الاضحية وفى الحقيقة لم تجب لما ذكرنا ان الوجوب عند الاداء أو فى آخر الوقت فاذا مات قبل الاداء مات قبل أن تجب عليه كمن مات فى وقت الصلاة قبل أن

يصليها أنه مات ولا صلاة عليه كذا ههنا وعلى هذا تخرج رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان الرجل الموسر اذا ولد له ولد في آخر أيام النحر أنه يجب عليه أن يذبح عنه وهي احدى الروايتين اللتين ذكرناهما انه كما يجب على الانسان اذا كان موسرا ان يذبح عن نفسه يجب عليه أن يذبح عن ولده الصغير لانه ولد وقت تأكد الوجوب بخلاف صدقة الفطر أنه اذا ولد له ولد بعد طلوع الفجر من يوم الفطر أنه لا تجب عليه صدقة فطره لان الوجوب هناك تعلق باول اليوم فلا يجب بعد مضي جزء منه وههنا بخلافه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى شاة للاضحية وهو موسر ثم انها ماتت أو سرقت أو ضلت في أيام النحر أنه يجب عليه أن يضحي بشاة أخرى لان الوجوب في جملة الوقت والمشترى لم يتعين للوجوب والوقت باق وهو من أهل الوجوب فيجب الا اذا كان عينها بالنذر بان قال لله تعالى على أن اضحي بهذه الشاة وهو موسر أو معسر فهلكت أو ضاعت أنه تسقط عنه التضحية بسبب النذر لان المنذور به معين لاقامة الواجب فيسقط الواجب بهلاكه كالزكاة تسقط بهلاك النصاب عندنا غير أنه ان كان الناذر موسرا تلزمه شاة أخرى بايجاب الشرع ابتداء لا بالنذر وان كان معسرا فاشترى شاة للاضحية فهلكت في أيام النحر أو ضاعت سقطت عنه وليس عليه شيء آخر لما ذكرنا ان الشراء من الفقير للاضحية بمنزلة النذر فاذا هلكت فقد هلك محل اقامة الواجب فيسقط عنه وليس عليه شيء آخر بايجاب الشرع ابتداء لفقد شرط الوجوب وهو اليسار ولو اشترى الموسر شاة للاضحية فضلت فاشترى شاة أخرى ليضحي بها ثم وجد الاولى في الوقت فالافضل أن يضحي بهما فان ضحى بالاولى أجزأه ولا تلزمه التضحية بالاخرى ولا شيء عليه غير ذلك سواء كانت قيمة الاولى أكثر من الثانية أو أقل والاصل فيه ما روى عن سيدتنا عائشة رضي الله عنها انها ساقت هديا فضاع فاشترت مكانه آخر ثم وجدت الاول فنحرتهما ثم قالت الاول كان يجزئ عني فثبت الجواز بقولها والفضيلة بفعلها رضي الله عنها ولان الواجب في ذمته ليس الا التضحية بشاة واحدة وقد ضحى وان ضحى بالثانية أجزأه وسقطت عنه الاضحية وليس عليه أن يضحي بالاولى لان التضحية بها لم تجب بالشراء بل كانت الاضحية واجبة في ذمته بمطلق الشاة فاذا ضحى بالثانية فقد أدى الواجب بها بخلاف المتنفل بالاضحية اذا ضحى بالثانية أنه يلزمه التضحية بالاولى أيضا لانه لما اشتراها للاضحية فقد وجب عليه التضحية بالاولى أيضا بعينها فلا يسقط بالثانية بخلاف الموسر فانه لا يجب عليه التضحية بالشاة المشتراة بعينها وانما الواجب في ذمته وقد أداه بالثانية فلا تجب عليه التضحية بالاولى وسواء كانت الثانية مثل الاولى في القيمة أو فوقها أو دونها لما قلنا غير أنها ان كانت دونها في القيمة يجب عليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين لانه بقيت له هذه الزيادة سالمة من الاضحية فصار كاللبن ونحوه ولو لم يتصدق بشيء ولكنه ضحى بالاولى أيضا وهو في أيام النحر أجزأه وسقطت عنه الصدقة لان الصدقة انما تجب خلفا عن فوات شيء من شاة الاضحية فاذا أدى الاصل في وقته سقط عنه الخلف وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فانه لا تجزيه التضحية الا بالاولى لانه يجعل الاضحية كالوقف ولو لم يذبح الثانية حتى مضت أيام النحر ثم وجد الاولى ذكر الحسن بن زياد في الاضاحي ان عليه أن يتصدق بافضلهما ولا يذبح وذكر فيها أنه قول زفر وأبي يوسف والحسن بن زياد رحمهم الله لانه لم يجب عليه في آخر الوقت الا التضحية بشاة فاذا خرج الوقت تحول الواجب من الاراقة الى التصدق بالعين ولو اشترى شاة للاضحية وهو معسر أو كان موسرا فانتقص نصابه بشراء الشاة ثم ضلت فلا شيء عليه ولا يجب عليه شيء آخر أما الموسر فلفوات شرط الوجوب وقت الوجوب وأما المعسر فلهلاك محل اقامة الواجب فلا يلزمه شيء آخر (ومنها) أن لا يقوم غيرها مقامها حتى لو تصدق بعين الشاة أو قيمتها في الوقت لا يجزيه عن الاضحية لان الوجوب تعلق بالاراقة والاصل ان الوجوب اذا تعلق بفعل معين أنه لا يقوم غيره مقامه كما في الصلاة والصوم وغيرهما بخلاف الزكاة فان الواجب أداء جزء من النصاب ولو أدى من مال آخر جاز لان الواجب هناك ليس جزأ من النصاب عند أصحابنا بل الواجب مطلق المال وقد أدى وعند بعضهم وان كان الواجب أداء جزء من النصاب لكن من حيث انه مال لا من حيث انه جزء من النصاب لان مبنى وجوب

الزكاة على التيسير والتيسير فى الوجوب من حيث انه مال لا من حيث انه العين والصورة وههنا الواجب فى الوقت اراقة الدم شرعا غير معقول المعنى فيقتصر الوجوب على مورد الشرع وبخلاف صدقة الفطر أنها تتأدى بالقيمة عندنا لان الواجب هناك معلول بمعنى الاغناء قال النبى عليه الصلاة والسلام اغنوهم عن المسئلة فى مثل هذا اليوم والاغناء يحصل باداء القيمة والله عز شأنه أعلم (ومنها) انه تجزئ فيها النيابة فيجوز للانسان أن يضحى بنفسه وبغيره باذنه لانها قربة تتعلق بالمال فتجزئ فيها النيابة كاداء الزكاة وصدقة الفطر ولان كل أحد لا يقدر على مباشرة الذبح بنفسه خصوصاً النساء فلو لم تجز الاستنابة لادى الى الحرج وسواء كان المأذون مسلماً أو كتابيا حتى لو أمر مسلم كتابيا أن يذبح أضحيته يجزيه لان الكتابى من أهل الذكاة الا أنه يكره لان التضحية قربة والكافر ليس من أهل القربة لنفسه فتكره انابته فى اقامة القربة لغيره وسواء كان الاذن نصاً أو دلالة حتى لو اشترى شاة للاضحية فجاء يوم النحر فاضجعها وشد قوائمها فجاء انسان وذبحها من غير أمره أجزأه استحسانا والقياس أنه لا يجوز وأن يضمن الذابح قيمتها وهو قول زفر رحمه الله وقال الشافعى يجزيه عن الاضحية ويضمن الذابح أما الكلام مع زفر فوجه القياس أنه ذبح شاة غيره بغير أمره فلا يجزى عن صاحبها ويضمن الذابح كما لو غصب شاة وذبحها وهو وجه الشافعى فى وجوب الضمان على الذابح وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للذبح وعينها لذلك فاذا ذبحها غيره فقد حصل غرضه واسقط عنه مؤنة الذبح فالظاهر أنه رضى بذلك فكان مؤذونا فيه دلالة فلا يضمن ويجزيه عن الاضحية كما لو أذن له بذلك نصاً وبه تبين وهى قول الشافعى رحمه الله أنه يجزيه عن الاضحية ويضمن الذابح لان كون الذبح مأذونا فيه يمنع وجوب الضمان كما لو نص على الاذن وكما لو باعها باذن صاحبها ولو لم يرض به وأراد الضمان يقع عن المضحى وليس للوكيل أن يضحى ماوكل بشرائه بغير أمر موكله ذكره أبو يوسف رحمه الله فى الاملاء فان ضحى جاز استحسانا لانه أعانه على ذلك فوجد الاذن منه دلالة الا أن يختار أن يضمنه فلا يجزى عنه وعلى هذا اذا غلط رجلان فذبح كل واحد منهما أضحية صاحبه عن نفسه أنه يجزى كل واحد منهما أضحيته عنه استحسانا ويأخذها من الذابح لما بينا ان كل واحد منهما يكون راضيا بفعل صاحبه فيكون مأذونا فيه دلالة فيقع الذبح عنه ونية صاحبه تقع لغوا حتى لو تشاحا وأراد كل واحد منهما الضمان تقع الاضحية له وجازت عنه لانه ملكه بالضمان على ما نذكره فى الشاة المغصوبة ان شاء الله تعالى وذكر هشام عن أبى يوسف رحمهما الله فى نوادره فى رجلين اشتريا أضحيتين فذبح كل منهما أضحية صاحبه غلطا عن نفسه وأكلها قال يجزى كل واحد منهما فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقولنا ويحلل كل واحد منهما صاحبه فان تشاحا ضمن كل واحد منهما لصاحبه قيمة شاته فان كان قد انقضت ايام النحر يتصدق بتلك القيمة اما جواز احلالهما فلانه يجوز لكل واحد منهما ان يطعمها لصاحبه ابتداء قبل الاكل فيجوز ان يحلله بعد الاكل وله ان يضمنه لان من اتلف لحم الاضحية يضمن ويتصدق بالقيمة لان القيمة بدل عن اللحم فصار كما لو باعه قال وسألت ابا يوسف رحمه الله عن البقرة اذا ذبحها سبعة فى الاضحية ايقتسمون لحمها جزافا أو وزنا قال بل وزنا قال قلت فان اقتسموها مجازفة وحلل بعضهم بعضاً قال أكره ذلك قال قلت فما تقول فى رجل باع درهما بدرهم فرجح أحدهما فحلل صاحبه الرجحان قال هذا جائز لانه لا يقسم معناه أنه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة وهو الدرهم الصحيح أما عدم جواز القسمة مجازفة فلان فيها معنى التمليك واللحم من الاموال الربوية فلا يجوز تمليكه مجازفة كسائر الاموال الربوية وأما عدم جواز التحليل فلان الربوى لا يحتمل الحل بالتحليل ولانه فى معنى الهبة وهبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تصح بخلاف ما اذا رجح الوزن (ومنها) انها تقضى اذا فاتت عن وقتها والكلام فيه فى موضعين أحدهما فى بيان انها مضمونة بالقضاء فى الجملة والثانى فى بيان ما تقضى به أما الاول فلان وجوبها فى الوقت إما لحق العبودية أو لحق شكر النعمة أو لتكفير الخطايا لان العبادات والقربات انما تجب لهذه المعانى وهذا لا يوجب الاختصاص بوقت دون وقت فكان الاصل فيها أن تكون واجبة فى جميع الاوقات وعلى الدوام بالقدر الممكن الا

أن الاداء فى السنة مرة واحدة فى وقت مخصوص أقيم مقام الاداء فى جميع السنة تيسيراً على العباد فضلا من الله عز وجل ورحمة كما أقيم صوم شهر فى السنة مقام جميع السنة وأقيم خمس صلوات فى يوم وليلة مقام الصلاة آناء الليل وأطراف النهار فاذا لم يؤد فى الوقت بقى الوجوب فى غيره لقيام المعنى الذى له وجبت فى الوقت وأما الثانى فنقول انها لا تقضى بالاراقة لان الاراقة لا تعقل قربة وانما جعلت قربة بالشرع فى وقت مخصوص فاقتصر كونها قربة على الوقت المخصوص فلا تقضى بعد خروج الوقت ثم قضاؤها قد يكون بالتصدق بعين الشاة حية وقد يكون بالتصدق بقيمة الشاة فان كان أوجب التضحية على نفسه بشاة بعينها فلم يضحها حتى مضت أيام النحر يتصدق بعينها حية لان الاصل فى الاموال التقرب بالتصدق بها لا بالاتلاف وهو الاراقة الا أنه نقل الى الاراقة مقيداً فى وقت مخصوص حتى يحل تناول لحمه للمالك والاجنبى والغنى والفقير لكون الناس أضياف الله عز شأنه فى هذا الوقت فاذا مضى الوقت عاد الحكم الى الاصل وهو التصدق بعين الشاة سواء كان موسراً أو معسراً لما قلنا وكذلك المعسر اذا اشترى شاة ليضحى بها فلم يضح حتى مضى الوقت لان الشراء للاضحية من الفقير كالنذر بالتضحية وأما الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فكذلك الجواب ومن المشايخ من قال هذا الجواب فى المعسر لان الشاة المشتراة للاضحية من المعسر تتعين للاضحية فامامن الموسر فلا تتعين بدليل أنه يجوز له التضحية بشاة أخرى فى الوقت مع بقاء الاولى وتسقط عنه الاضحية والصحيح أنها تتعين من الموسر أيضاً بلا خلاف بين أصحابنا فان محمدا رحمه الله ذكر عقيب جواب المسئلة وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقولنا ( ووجهه ) ان نية التعيين قارنت الفعل وهو الشراء فاوجبت تعيين المشترى للاضحية الا أن تعيينه للاضحية لا يمنع جواز التضحية بغيرها كتعيين النصاب لاداء الزكاة منه لا يمنع جواز الاداء بغيره وتسقط عنه الزكاة وهذا لان المتعين لا يزاحمه غيره فاذا ضحى بغيره أو أدى الزكاة من غير النصاب لم يبق الاول متعيناً فكانت الشاة متعينة للتضحية مالم يضح بغيرها كالزكاة وان كان لم يوجب على نفسه ولا اشترى وهو موسر حتى مضت أيام النحر تصدق بقيمة شاة تجوز فى الاضحية لانه اذا لم يوجب ولم يشتر لم يتعين شئ للاضحية وانما الواجب عليه اراقة دم شاة فاذا مضى الوقت قبل أن يذبح ولا سبيل الى التقرب بالاراقة بعد خروج الوقت لما قلنا انتقل الواجب من الاراقة والعين أيضاً لعدم التعيين الى القيمة وهو قيمة شاة يجوز ذبحها فى الاضحية ولو صار فقيرا بعد مضى أيام النحر لا يسقط عنه التصدق بعين الشاة أو بقيمتها لانه اذا مضى الوقت صار ذلك ديناً فى ذمته فلا يسقط عنه لفقره بعد ذلك ولو وجب عليه التصدق بعين الشاة فلم يتصدق ولكن ذبحها يتصدق بلحمها ويجزيه ذلك ان لم ينقصها الذبح وان نقصها يتصدق باللحم وقيمة النقصان ولا يحل له أن يأكل منها وان أكل منها شيأ غرم قيمته ويتصدق بها لما نذكر فى موضعه وكذلك لو أوجب على نفسه أن يتصدق بها لا يأكل منها اذا ذبحها بعد وقتها أو فى وقتها فهو سواء ومن وجبت عليه الاضحية فلم يضح حتى مضت أيام النحر ثم حضرته الوفاة فعليه أن يوصى بان يتصدق عنه بقيمة شاة من ثلث ماله لانه لما مضى الوقت فقد وجب عليه التصدق بقيمة شاة فيحتاج الى تخليص نفسه عن عهدة الواجب والوصية طريق التخليص فيجب عليه أن يوصى كما فى الزكاة والحج وغير ذلك ولو أوصى بان يضحى عنه ولم يسم شاة ولا بقرة ولا غير ذلك ولم يبين الثمن أيضاً جاز ويقع على الشاة بخلاف ما اذا وكل رجلا أن يضحى عنه ولم يسم شيأ ولا ثمنا أنه لا يجوز والفرق ان الوصية تحتمل من الجهالة شيأ لا تحتمله الوكالة فان الوصية بالمجهول وللمجهول تصح ولا تصح الوكالة ولو أوصى بان يشترى له شاة بعشرين درهما فيضحى عنه ان مات فمات وثلثه أقل من ذلك فانه يضحى عنه بما يبلغ الثلث على قياس الحج اذا أوصى بان يحج عنه بمائة وثلثه أقل من مائة فانه يحج بمائة بخلاف العتق اذا أوصى بان يعتق عنه عبد بمائة وثلثه أقل ان عند أبى حنيفة رحمه الله تبطل الوصية وعندهما يعتق عنه بما بقى لانه أوصى بمال مقدر فيما هو قربة فتنفذ الوصية فيما أمكن كما فى الحج ( ووجه ) الفرق لابى حنيفة رحمه الله أن مصرف الوصية فى العتق هو العبد فكانه أوصى بعبد موصوف بصفة وهو أن يكون ثمنه مائة فاذا اشترى باقل

كان

كان هذا غير ما أوصى به فلا يجوز بخلاف الحج والاضحية فان المصرف ثمة هو الله عز شأنه فسواء كان قيمة الشاة أقل أو مثل ما أوصى به يكون المصرف واحدا والمقصود بالكل واحد وهو القربة وذلك حاصل فيجوز (ومنها) أن وجوبها نسخ كل دم كان قبلها من العقيقة والرجبية والعتيرة كذا حكى أبو بكر الكيسانى عن محمد رحمه الله أنه قال قد كانت فى الجاهلية ذبائح يذبحونها (منها) العقيقة كانت فى الجاهلية ثم فعلها المسلمون فى أول الاسلام فنسخها ذبح الاضحية فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل (ومنها) شاة كانوا يذبحونها فى رجب تدعى الرجبية كان أهل البيت يذبحون الشاة فيأكلون ويطبخون ويطعمون فنسخها ذبح الاضحية (ومنها) العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة أو الشاة ذبح أول ولد تلده فأكل وأطعم قال محمد رحمه الله هذا كله كان يفعل فى الجاهلية فنسخه ذبح الاضحية وقيل فى تفسير العتيرة كان الرجل من العرب اذا نذر نذرا أنه اذا كان كذا أو بلغ شاة كذا فعليه أن يذبح من كل عشر منها كذا فى رجب والعقيقة الذبيحة التى تذبح عن المولود يوم أسبوعه وانما عرفنا انتساخ هذه الدماء بما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت نسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله ونسخت الاضحية كل ذبح كان قبلها ونسخ غسل الجنابة كل غسل كان قبله والظاهر انها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لان انتساخ الحكم مما لا يدرك بالاجتهاد ومنهم من روى هذا الحديث مرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها وكذا قال أهل التأويل فى قوله عز شأنه أأشفقتم أن تقدموا بين يدى نجواكم صدقات فاذ لم تفعلوا وتاب الله عليكم فأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ان ما أمروا به من تقديم الصدقة على النجوى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم نسخ بقوله جل شأنه وآتوا الزكاة وذكر محمد رحمه الله فى العقيقة فمن شاء فعل ومن شاء لم يفعل وهذا يشير الى الاباحة فيمنع كونه سنة وذكر فى الجامع الصغير ولا يعق عن الغلام ولا عن الجارية وانه اشارة الى الكراهة لان العقيقة كانت فضلا ومتى نسخ الفضل لا يبقى الا الكراهة بخلاف الصوم والصدقة فانهما كانا من الفرائض لا من الفضائل فاذا نسخت منهما الفرضية يجوز التنفل بهما وقال الشافعى رحمه الله العقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة واحتج بما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين رضى الله عنهما كبشا كبشا وانا نقول انها كانت ثم نسخت بدم الاضحية بحديث سيدتنا عائشة رضى الله عنها وكذا روى عن سيدنا على رضى الله عنه انه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها والعقيقة كانت قبلها كالعتيرة وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن العقيقة فقال ان الله تعالى لا يحب العقوق من شاء فليعق عن الغلام شاتين وعن الجارية شاة وهذا ينفى كون العقيقة سنة لانه عليه الصلاة والسلام علق العق بالمشيئة وهذا امارة الاباحة والله عز شأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما محل اقامة الواجب فهذا الفصل يشتمل على بيان جنس المحل الذى يقام منه الواجب ونوعه وجنسه وسنه وقدره وصفته أما جنسه فهو أن يكون من الاجناس الثلاثة الغنم أو الابل أو البقر ويدخل فى كل جنس نوعه والذكر والانثى منه والخصى والفحل لانطلاق اسم الجنس على ذلك والمعز نوع من الغنم والجاموس نوع من البقر بدليل أنه يضم ذلك الى الغنم والبقر فى باب الزكاة ولا يجوز فى الاضاحى شئ من الوحش لان وجوبها عرف بالشرع والشرع لم يرد بالايجاب الا فى المستأنس فان كان متولدا من الوحشى والانسى فالعبرة بالام فان كانت أهلية يجوز والا فلا حتى ان البقرة الاهلية اذا نزا عليها ثور وحشى فولدت ولدا فانه يجوز أن يضحى به وان كانت البقرة وحشية والثور أهليا لم يجز لان الاصل فى الولد الام لانه ينفصل عن الام وهو حيوان متقوم تتعلق به الاحكام وليس ينفصل من الاب الا ماء مهين لا خطر له ولا يتعلق به حكم ولهذا يتبع الولد الام فى الرق والحرية الا أنه يضاف الى الاب فى بنى آدم تشريفا للولد وصيانة له عن الضياع والا فالاصل أن يكون مضافا الى الام وقيل اذا نزا ظبى على شاة أهلية فان ولدت شاة تجوز التضحية بها وان ولدت ظبيا لا تجوز وقيل ان ولدت الرمكة من حمار وحشى حمارا لا يؤكل وان ولدت فرسا فحكمه حكم الفرس وان ضحى بظبية وحشية ألفت أو ببقرة وحشية ألفت لم يجز لانها

وحشية فى الاصل والجوهر فلا يبطل حكم الاصل بعارض نادر والله عز شأنه الموفق وأما سنه فلا يجوز شئ مما
ذكرنا من الابل والبقر والغنم من الاضحية الا الثنى من كل جنس الا الجذع من الضأن خاصة اذا كان عظيما لما
روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ضحوا بالثنايا الا أن يعز على أحدكم فيذبح الجذع فى الضأن وروى عنه
عليه الصلاة والسلام انه قال يجزى الجذع من الضان عما يجزى فيه الثنى من المعز وروى ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم خرج الى المصلى فشم قتاراً فقال ما هذا فقالوا أضحية ابى بردة فقال عليه الصلاة والسلام تلك شاة لحم فجاء أبو
بردة فقال يارسول الله عندى عناق خير من شاتى لحم فقال عليه الصلاة والسلام تجزى عنك ولا تجزى عن أحد
بعدك وروى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما انه قال خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم عيد فقال ان أول
نسككم هذه الصلاة ثم الذبح فقام اليه خالى أبو بردة بن دينار فقال يارسول الله كان يوما نشتهى فيه اللحم فعجلنا
فذبحنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبدلها فقال يارسول الله عندى ماعز جذع فقال هى لك وليست لاحد
بعدك وروى ان رجلا قدم المدينة بغنم جذاع فلم تنفق معه فذكر ذلك لابى هريرة رضى الله عنه فقال سمعت رسول
الله صلى الله عليه وسلم يقول نعمت الاضحية الجذع من الضان وروى الجذع السمين من الضأن فلما سمع الناس
هذا الحديث انتهبوها أى تبادروا الى شرائها وتخصيص هذه القربة بسن دون سن أمر لا يعرف الا بالتوقيف فيتبع
ذلك (وأما) معانى هذه الاسماء فقد ذكر القدورى رحمه الله ان الفقهاء قالوا الجذع من الغنم ابن ستة أشهر والثنى منه
ابن سنة والجذع من البقر ابن سنة والثنى بن سنتين والجذع من الابل ابن أربع سنين والثنى منها ابن خمس وذكر
القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى فى الثنى من الابل ما تم له أربع سنين وطعن فى الخامسة وذكر الزعفرانى فى
الاضاحى الجذع ابن ثمانية أشهر أو تسعة أشهر والثنى من الشاة والمعز ما تم له حول وطعن فى السنة الثانية ومن
البقر ما تم له حولان وطعن فى السنة الثالثة ومن الابل ما تم له خمس سنين وطعن فى السنة السادسة وتقدير هذه الاسنان
بما قلنا لمنع النقصان لا لمنع الزيادة حتى لو ضحى بأقل من ذلك سنا لا يجوز ولو ضحى بأكبر من ذلك سنا يجوز
ويكون أفضل ولا يجوز فى الاضحية حمل ولا جدى ولا عجل ولا فصيل لان الشرع انما ورد بالاسنان التى
ذكرناها وهذه لا تسمى بها وأما قدره فلا يجوز الشاة والمعز الا عن واحد وان كانت عظيمة سمينة تساوى شاتين
مما يجوز أن يضحى بهما لان القياس فى الابل والبقر ان لا يجوز فيهما الاشتراك لان القربة فى هذا الباب اراقة الدم
وانها لا تحتمل التجزئة لانها ذبح واحد وانما عرفنا جواز ذلك بالخبر فبقى الامر فى الغنم على أصل القياس فان قيل أليس
انه روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمته
فكيف ضحى بشاة واحدة عن أمته عليه الصلاة والسلام (فالجواب) أنه عليه الصلاة والسلام انما فعل ذلك لاجل
الثواب وهو انه جعل ثواب تضحيته بشاة واحدة لامته لا للاجزاء وسقوط التعبد عنهم ولا يجوز بعير واحد ولا
بقرة واحدة عن أكثر من سبعة ويجوز ذلك عن سبعة أو أقل من ذلك وهذا قول عامة العلماء وقال مالك رحمه الله
يجزى ذلك عن أهل بيت واحد وان زادوا على سبعة ولا يجزى عن أهل بيتين وان كانوا أقل من سبعة والصحيح
قول العامة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة تجزى عن سبعة والبقرة تجزى عن سبعة وعن جابر
رضى الله عنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة من غير فصل بين أهل بيت
وبيتين ولان القياس يأبى جوازها عن أكثر من واحد لما ذكرنا ان القربة فى الذبح وانه فعل واحد لا يتجزأ لكنا
تركنا القياس بالخبر المقتضى للجواز عن سبعة مطلقا فيعمل بالقياس فيما وراءه لان البقرة بمنزلة سبع شياه ثم جازت
التضحية بسبع شياه عن سبعة سواء كانوا من أهل بيت أو بيتين فكذا البقرة ومنهم من فصل بين البعير والبقرة
فقال البقرة لا تجوز عن أكثر من سبعة فأما البعير فانه يجوز عن عشرة ورووا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال البدنة تجزى عن عشرة ونوع من القياس يؤيده وهو ان الابل أكثر قيمة من البقر ولهذا فضلت الابل على البقر

فى باب الزكاة والديات فتفصل فى الاضحية أيضا (ولنا) ان الاخبار اذا اختلفت فى الظاهر يجب الاخذ بالاحتياط وذلك فيما قلنا لان جوازه عن سبعة ثابت بالاتفاق وفى الزيادة اختلاف فكان الاخذ بالمتفق عليه أخذا بالمتيقن وأما ماذكروا من القياس فقد ذكرنا ان الاشتراك فى هذا الباب معدول به عن القياس واستعمال القياس فيما هو معدول به عن القياس ليس من الفقه ولا شك فى جواز بدنة أو بقرة عن أقل من سبعة بان اشترك اثنان أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة أو ستة فى بدنة أو بقرة لانه لما جاز السبع فالزيادة أولى وسواء اتفقت الانصباء فى القدر أو اختلفت بان يكون لاحدهم النصف وللآخر الثلث ولآخر السدس بعد ان لا ينقص عن السبع ولو اشترك سبعة فى خمس بقرات أو فى أكثر فذبحوها أجزأهم لان لكل واحد منهم فى كل بقرة سبعها ولو ضحوا ببقرة واحدة أجزأهم فالاكثر أولى ولو اشترك ثمانية فى سبع بقرات لم يجزهم لان كل بقرة بينهم على ثمانية أسهم فيكون لكل واحد منهم أنقص من السبع وكذلك اذا كانوا عشرة أو أكثر فهو على هذا ولو اشترك ثمانية فى ثمانية من البقر فضحوا بها لم تجزهم لان كل بقرة تكون بينهم على ثمانية أسهم وكذلك اذا كان البقر أكثر لم تجزهم ولا رواية فى هذه الفصول وانما قيل انه لا يجوز بالقياس ولو اشترك سبعة فى سبع شياه بينهم فضحوا بها القياس أن لا تجزئهم لان كل شاة تكون بينهم على سبعة أسهم وفى الاستحسان يجزيهم وكذلك لو اشترى اثنان شاتين للتضحية فضحيا بهما بخلاف عبدين بين اثنين عليهما كفارتان فاعتقاهما عن كفارتيهما انه لا يجوز لان الانصباء تجتمع فى الشاتين ولا تجتمع فى الرقيق بدليل انه يجبر على القسمة فى الشاة ولا يجبر فى الرقيق ألا ترى انها لا تقسم قسمة جمع فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعلى هذا ينبغى أن يكون فى الاول قياس واستحسان والمذكور جواب القياس وأما صفته فهى أن يكون سليما عن العيوب الفاحشة وسنذكرها فى بيان شرائط الجواز بعون الله تعالى والله الموفق

﴿فصل﴾ وأما شرائط جواز اقامة الواجب وهى التضحية فهى فى الاصل نوعان نوع يعم ذبح كل حيوان مأكول ونوع يخص التضحية أما الذى يعم ذبح كل حيوان مأكول فقد ذكرناه فى كتاب الذبائح وأما الذى يخص التضحية فانواع بعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية وبعضها يرجع الى محل التضحية أما الذى يرجع الى من عليه التضحية فمنها نية الاضحية لا تجزى الاضحية بدونها لان الذبح قد يكون للحم وقد يكون للقربة والفعل لا يقع قربة بدون النية قال النبى عليه الصلاة والسلام لا عمل لمن لا نية له والمراد منه عمل هو قربة وللقربة جهات من المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وكفارة الحلق وغيره من المحظورات فلا تتعين الاضحية الا بالنية وقال النبى عليه الصلاة والسلام انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرئ مانوى ويكفيه أن ينوى بقلبه ولا يشترط أن يقول بلسانه مانوى بقلبه كما فى الصلاة لان النية عمل القلب والذكر باللسان دليل عليها ومنها أن لا يشارك المضحى فيما يحتمل الشركة من لا يريد القربة رأسا فان شارك لم يجز عن الاضحية وكذا هذا فى سائر القرب سوى الاضحية اذا شارك المتقرب من لا يريد القربة لم يجز عن القربة كما فى دم المتعة والقران والاحصار وجزاء الصيد وغير ذلك وهذا عندنا وعند الشافعى رحمه الله هذا ليس بشرط حتى لو اشترك سبعة فى بعير أو بقرة كلهم يريدون القربة الاضحية أو غيرها من وجوه القرب الا واحد منهم يريد اللحم لا يجزى واحدا منهم من الاضحية ولا من غيرها من وجوه القرب عندنا وعنده يجزى (وجه) قوله ان الفعل انما يصير قربة من كل واحد بنيته لا بنية صاحبه فعدم النية من أحدهم لا يقدح فى قربة الباقين (ولنا) ان القربة فى اراقة الدم وانها لا تتجزأ لانها ذبح واحد فان لم يقع قربة من البعض لا يقع قربة من الباقين ضرورة عدم التجزؤ ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرها من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجبت على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بان أراد بعضهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدى الاحصار وبعضهم كفارة شئ أصابه فى احرامه وبعضهم هدى التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال

زفر رحمه الله لا يجوز الا اذا اتفقت جهات القربة بان كان الكل بجهة واحدة (وجه) قوله ان القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة و بعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا عند الاتحاد فعند الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقى الامر فيه مردودا الى القياس (ولنا) ان الجهات وان اختلفت صورة فهى فى المعنى واحد لان المقصود من الكل التقرب الى الله عز شأنه وكذلك ان أراد بعضهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل لان ذلك جهة التقرب الى الله تعالى عز شأنه بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله فى نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهى ضيافة التزويج و ينبغى ان يجوز لانها انما تقام شكر الله تعالى عز شأنه على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أولم ولو بشاة فاذا قصد بها الشكر أو اقامة السنة فقد أراد بها التقرب الى الله عز شأنه و روى عن أبى حنيفة رحمه الله كره الاشتراك عند اختلاف الجهة و روى عنه انه قال لو كان هذا من نوع واحد لكان أحب الى وهكذا قال أبو يوسف رحمه الله ولو كان أحد الشركاء ذميا كتابيا أو غير كتابى وهو يريد اللحم أو أراد القربة فى دينه لم يجزهم عندنا لان الكافر لا تتحقق منه القربة فكانت نيته ملحقة بالعدم فكان مريد اللحم والمسلم لو أراد اللحم لا يجوز عندنا فالكافر أولى وكذلك اذا كان أحدهم عبدا أو مدبرا و يريد الاضحية لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القربة فكان نصيبه لحما فيمتنع الجواز أصلا وان كان أحد الشركاء ممن يضحى عن ميت جاز و روى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجوز وذكر فى الاصل اذا اشترك سبعة فى بدنة فمات أحدهم قبل الذبح فرضى ورثته أن يذبح عن الميت جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس انه لما مات أحدهم فقد سقط عنه الذبح وذبح الوارث لا يقع عنه اذ الاضحية عن الميت لا تجوز فصار نصيبه اللحم وانه يمنع من جواز ذبح الباقين من الاضحية كما لو أراد أحدهم اللحم فى حال حياته (وجه) الاستحسان أن الموت لا يمنع التقرب عن الميت بدليل أنه يجوز أن يتصدق عنه و يحج عنه وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أحدهما عن نفسه والآخر عمن لا يذبح من أمته وان كان منهم من قدمات قبل أن يذبح فدل ان الميت يجوز أن يتقرب عنه فاذا ذبح عنه صار نصيبه للقربة فلا يمنع جواز ذبح الباقين ولو اشترى رجل بقرة يريد أن يضحى بها ثم أشرك فيها بعد ذلك قال هشام سألت أبا يوسف فأخبرنى ان أبا حنيفة رحمه الله قال أكره ذلك و يجزيهم أن يذبحوها عنهم قال وكذلك قول أبى يوسف قال قلت لابى يوسف ومن نيته أن يشرك فيها قال لا أحفظ عن أبى حنيفة رحمه الله فيها شيأ ولكن لا أرى بذلك بأسا وقال فى الاصل قال أرأيت فى رجل اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه فأشرك فيها بعد ذلك ولم يشركهم حتى اشتراها فأتاه انسان بعد ذلك فأشركه حتى استكمل يعنى انه صار سابعهم هل يجزى عنهم قال نعم استحسن وان فعل ذلك قبل أن يشتريها كان أحسن وهذا محمول على الغنى اذا اشترى بقرة لاضحيته لانها لم تتعين لوجوب التضحية بها وانما يقيمها عند الذبح مقام ما يجب عليه أو واجب عليه فيخرج عن عهدة الواجب بالفعل فيما يقيمه فيه فيجوز اشتراكهم فيها وذبحهم الا أنه يكره لانه لما اشتراها ليضحى بها فقد وعد وعدا فيكره أن يخلف الوعد فأما اذا كان فقيرا فلا يجوز له أن يشرك فيها لانه أوجبها على نفسه بالشراء للاضحية فتعينت للوجوب فلا يسقط عنه ما أوجبه على نفسه وقد قالوا فى مسألة الغنى اذا أشرك بعد ما اشتراها للاضحية انه ينبغى أن يتصدق بالثمن وان لم يذكر ذلك محمد رحمه الله لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى حكيم بن حزام دينارا وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاة فباعها بدينارين واشترى بأحدهما شاة وجاء الى النبى عليه الصلاة والسلام بشاة ودينار وأخبره بما صنع فقال له عليه الصلاة والسلام بارك الله فى صفقة يمينك وأمره عليه الصلاة والسلام أن يضحى بالشاة و يتصدق بالدينار لما أنه قصد اخراجه للاضحية كذا ههنا (ومنها) أن تكون نية الاضحية مقارنة للتضحية كما فى باب الصلاة لان النية معتبرة فى الاصل فلا يسقط اعتبار القران الا لضرورة كما فى باب الصوم لتعذر قران النية لوقت الشروع لما فيه من الحرج (ومنها) اذن صاحب

الاضحية

الاضحية بالذبح اما نصاً أو دلالة اذا كان الذابح غيره فان لم يوجد لا يجوز لان الاصل فيما يعمله الانسان أن يقع للعامل وانما يقع لغيره باذنه وأمره فاذا لم يوجد لا يقع له وعلى هذا يخرج ما اذا غصب شاة انسان فضحى بها عن صاحبها من غير اذنه واجازته انه لا يجوز ولو اشترى شاة للاضحية فأضجعها وشد قوائمها في أيام النحر فجاء انسان فذبحها جاز استحسانا لوجود الاذن منه دلالة لما بينا فيما تقدم وأما الذي يرجع الى وقت التضحية فهو انها لا تجوز قبل دخول الوقت لان الوقت كما هو شرط الوجوب فهو شرط جواز اقامة الواجب كوقت الصلاة فلا يجوز لاحد أن يضحي قبل طلوع الفجر الثاني من اليوم الاول من أيام النحر ويجوز بعد طلوعه سواء كان من أهل المصر أو من أهل القرى غير ان للجواز في حق أهل المصر شرطاً زائداً وهو أن يكون بعد صلاة العيد لا يجوز تقديمها عليه عندنا وقال الشافعي رحمه الله اذا مضى من الوقت مقدار ما صلى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة العيد جازت الاضحية وان لم يصل الامام والصحيح قولنا لما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من ذبح قبل الصلاة فليعد أضحيته وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال أول نسكنا في يومنا هذا الصلاة ثم الذبح وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في حديث البراء بن عازب رضي الله عنه من كان منكم ذبح قبل الصلاة فانما هي غدوة أطعمه الله تعالى انما الذبح بعد الصلاة فقد رتب النبي عليه الصلاة والسلام الذبح على الصلاة وليس لاهل القرى صلاة العيد فلا يثبت الترتيب في حقهم وان أخر الامام صلاة العيد فليس للرجل أن يذبح أضحيته حتى ينتصف النهار فان اشتغل الامام فلم يصل العيد أو ترك ذلك متعمداً حتى زالت الشمس فقد حل الذبح بغير صلاة في الايام كلها لانه لما زالت الشمس فقد فات وقت الصلاة وانما يخرج الامام في اليوم الثاني والثالث على وجه القضاء والترتيب شرط في الاداء لا في القضاء كذا ذكره القدوري رحمه الله وان كان يصلى في المصر في موضعين بأن كان الامام قد خلف من يصلي بضعفة الناس في الجامع وخرج هو بالآخرين الى المصلى وهو الجبانة ذكر الكرخي رحمه الله انه اذا صلى أهل أحد المسجدين أيهما كان جاز ذبح الاضاحي وذكر في الاصل اذا صلى أهل المسجد فالقياس أن لا يجوز ذبح الاضحية وفي الاستحسان يجوز (وجه) القياس ان صلاة العيد لما كانت شرط الجواز الاضحية في حق أهل المصر فاعتبار صلاة أهل أحد الموضعين يقتضي أن يجوز واعتبار صلاة أهل الموضع الآخر يقتضي أن لا يجوز فلا يحكم بالجواز بالشك بل يحكم بعدم الجواز احتياطا (وجه) الاستحسان ان الشرط صلاة العيد والصلاة في المسجد الجامع تجزي عن صلاة العيد بدليل أنهم لو اقتصروا عليها جاز ويقع الاكتفاء بذلك فقد وجد الشرط فجاز وكذا في الحديث الذي روينا ترتيب الذبح على الصلاة مطلقاً وقد وجدت ولو سبق أهل الجبانة بالصلاة قبل أهل المسجد لم يذكر هذا في الاصل وقيل لا رواية في هذا وذكر الكرخي رحمه الله ان هذا كصلاة أهل المسجد فعلى قوله يكون فيه قياس واستحسان كما اذا صلى أهل المسجد واختلف المتأخرون منهم من قال يجب أن يكون هذا جائزاً قياساً واستحسانا لان الاصل في صلاة العيد صلاة من في الجبانة وانما يصلي من يصلي في المسجد لعذر فوجب اعتبار الاصل دون غيرهم ومنهم من أثبت فيه القياس والاستحسان كما في المسئلة الاولى ووجههما ذكرنا ومنهم من قال لا تجوز الاضحية بصلاة أهل الجبانة حتى يصلي أهل المسجد لان الصلاة في المسجد هي الاصل بدليل سائر الصلوات وانما يخرج الامام الى الجبانة لضرورة ان المسجد لا يتسع لهم فيجب اعتبار الاصل ولو ذبح والامام في خلال الصلاة لا يجوز وكذا اذا ضحى قبل أن يقعد قدر التشهد ولو ذبح بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام قالوا على قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز كما لو كان في خلال الصلاة وعلى قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز بناء على أن خروج المصلي من الصلاة بصنعه فرض عنده وعندهما ليس بفرض ولو ضحى قبل فراغ الامام من الخطبة أو قبل الخطبة جاز لان النبي عليه الصلاة والسلام رتب الذبح على الصلاة لا على الخطبة فيما روينا من الاحاديث فدل ان العبرة للصلاة لا للخطبة ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين انه يوم عرفة فعلى الامام أن يعيد

الصلاة من الغد وعلى الرجل أن يعيد الاضحية لانه تبين ان الصلاة والاضحية وقعتا قبل الوقت فلم يجز وان تبين ان الامام كان على غير وضوء فان علم ذلك قبل أن يتفرق الناس يعيد بهم الصلاة باتفاق الروايات وهل يجوز ما ضحى قبل الاعادة ذكر فى بعض الروايات انه يجوز لانه ذبح بعد صلاة يجيزها بعض الفقهاء وهو الشافعى رحمه الله لان فساد صلاة الامام لا يوجب فساد صلاة المقتدى عنده فكانت تلك صلاة معتبرة عنده فعلى هذا يعيد الامام وحده ولا يعيد القوم وذلك استحسانا وذكر فى اختلاف زفر رحمه الله أنه يعيد بهم الصلاة ولا يجوز ما ضحى قبل اعادة الصلاة وان تفرق الناس عن الامام ثم علم بعد ذلك فقد ذكر فى بعض الروايات ان الصلاة لا تعاد وقد جازت الاضحية عن المضحى لانها صلاة قد جازت فى قول بعض الفقهاء فترك اعادتها بعد تفرق الناس أحسن من أن ينادى الناس أن يجتمعوا ثانيا وهو أيسر من أنه تبطل أضاحيهم وروى عن أبى حنيفة رحمه الله انه تعاد الاضحية ولا تعاد بهم الصلاة لان اعادة الاضحية أيسر من اعادة الصلاة وروى أيضا أنه ينادى بهم حتى يجتمعوا ويعيد بهم الصلاة قال البلخى رحمه الله فعلى هذا القياس لا تجزى ذبيحة من ذبح قبل اعادة الصلاة إلا أن تكون الشمس قد زالت فتجزى ذبيحة من ذبح فى قولهم جميعاً وسقطت عنهم الصلاة ولو شهد ناس عند الامام بعد نصف النهار وبعد ما زالت الشمس ان ذلك اليوم هو العاشر من ذى الحجة جاز لهم أن يضحوا ويخرج الامام من الغد فيصلى بهم صلاة العيد وان علم فى صدر النهار انه يوم النحر فشغل الامام عن الخروج أو غفل فلم يخرج ولم يامر أحداً يصلى بهم فلا ينبغى لاحد أن يضحى حين يصلى الامام الى أن تزول الشمس فاذا زالت قبل أن يخرج الامام ضحى الناس وان ضحى أحد قبل ذلك لم يجز ولو صلى الامام صلاة العيد وذبح رجل أضحيته ثم تبين للامام ان يوم العيد كان بالامس جازت الصلاة وجاز للرجل أضحيته ولو وقعت فتنة فى مصر ولم يكن لها امام من قبل السلطان يصلى بهم صلاة العيد فالقياس فى ذلك أن يكون وقت النحر فى ذلك المصر بعد طلوع الفجر يوم النحر بمنزلة القرى التى لا يصلى فيها ولكن يستحسن أن يكون وقت نحرهم بعد زوال الشمس من يوم النحر لان الموضع موضع الصلاة ألا ترى ان الامام لو كان حاضراً كان عليهم أن يصلوا الا أنه امتنع أداؤها العارض فلا يتغير حكم الاصل كما لو كان الامام حاضراً فلم يصل لعارض أسباب من مرض أو غير ذلك وهناك لا يجوز الذبح الا بعد الزوال كذا ههنا ولو ذبح أضحيته بعد الزوال من يوم عرفة ثم ظهر ان ذلك اليوم كان يوم النحر جازت الاضحية عندنا لان الذبح حصل فى وقته فيجزيه والله عز شأنه أعلم هذا اذا كان من عليه الاضحية فى المصر والشاة فى المصر فان كان هو فى المصر والشاة فى الرستاق أو فى موضع لا يصلى فيه وقد كان أمر أن يضحوا عنه فضحوا بها بعد طلوع الفجر قبل صلاة العيد فانها تجزيه وعلى عكسه لو كان هو فى الرستاق والشاة فى المصر وقد أمر من يضحى عنه فضحوا بها قبل صلاة العيد فانها لا تجزيه وانما يعتبر فى هذا مكان الشاة لا مكان من عليه هكذا ذكر محمد عليه الرحمة فى النوادر وقال انما أنظر الى محل الذبح ولا أنظر الى موضع المذبوح عنه وهكذا روى الحسن عن أبى يوسف رحمه الله يعتبر المكان الذى يكون فيه الذبح ولا يعتبر المكان الذى يكون فيه المذبوح عنه وانما كان كذلك لان الذبح هو القربة فيعتبر مكان فعلها لا مكان المفعول عنه وان كان الرجل فى مصر وأهله فى مصر آخر فكتب اليهم أن يضحوا عنه روى عن أبى يوسف أنه اعتبر مكان الذبيحة فقال ينبغى لهم أن لا يضحوا عنه حتى يصلى الامام الذى فيه أهله وان ضحوا عنه قبل أن يصلى لم يجزه وهو قول محمد عليه الرحمة وقال الحسن بن زياد انتظرت الصلاتين جميعاً وان شكوا فى وقت صلاة المصر الآخر انتظرت به الزوال فعنده لا يذبحون عنه حتى يصلوا فى المصرين جميعاً وان وقع لهم الشك فى وقت صلاة المصر الآخر لم يذبحوا حتى تزول الشمس فاذا زالت ذبحوا عنه (وجه) قول الحسن ان فيما قلنا اعتبار الحالين حال الذبح وحال المذبوح عنه فكان أولى ولابى يوسف ومحمد رحمهما الله ان القربة فى الذبح والقربات المؤقتة يعتبر وقتها فى حق فاعلها لا فى حق المفعول عنه ويجوز الذبح فى أيام النحر نهرها ولياليها وهما ليلتان ليلة اليوم الثانى وهى ليلة الحادى عشر وليلة اليوم الثالث وهى ليلة الثانى

عشر ولا يدخل فيها ليلة الاضحى وهى ليلة العاشر من ذى الحجة لقول جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أيام النحر ثلاثة وذكر الايام يكون ذكر الليالى لغة قال الله عز شأنه فى قصة زكريا عليه الصلاة والسلام ثلاثة أيام الا رمزا وقال عز شأنه فى موضع آخر ثلاث ليال سويا والقصة قصة واحدة الا أنه لم يدخل فيها الليلة العاشرة من ذى الحجة لانه استتبعها النهار الماضى وهو يوم عرفة بدليل ان من أدركها فقد أدرك الحج كما لو أدرك النهار وهو يوم عرفة فاذا جعلت تابعة للنهار الماضى لا تتبع النهار المستقبل فلا تدخل فى وقت التضحية وتدخل الليلتان بعدها غير أنه يكره الذبح بالليل لا لانه ليس بوقت للتضحية بل لمعنى آخر ذكرناه فى كتاب الذبائح والله عز شأنه أعلم وأما الذى يرجع الى محل التضحية فنوعان أحدهما سلامة المحل عن العيوب الفاحشة فلا تجوز العمياء ولا العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها وهى التى لا تقدر تمشى برجلها الى المنسك والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وهى المهزولة التى لا نقى لها وهو المخ ومقطوعة الاذن والالية بالكلية والتى لا أذن لها فى الخلقة وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال أيكون ذلك فان كان لا يجزى ويجزى السكاء وهى صغيرة الاذن ولا يجوز مقطوعة احدى الاذنين بكمالها والتى لها أذن واحدة خلقة والاصل فى اعتبار هذه الشروط ماروى عن البراء بن عازب رضى الله عنهما أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تجزى من الضحايا أربع العوراء البين عورها والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال استشرفوا العين والاذن أى تأملوا سلامتهما عن الآفات وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يضحى بعضباء الاذن ولو ذهب بعض هذه الاعضاء دون بعض من الاذن والالية والذنب والعين ذكر فى الجامع الصغير ينظر فان كان الذاهب كثيرا يمنع جواز التضحية وان كان يسيرا لا يمنع لان اليسير مما لا يمكن التحرز عنه اذ الحيوان لا يخلو عن عادة فلو اعتبرمانعا لضاق الامر على الناس ووقعوا فى الحرج واختلف أصحابنا فى الحد الفاصل بين القليل والكثير فعن أبى حنيفة رحمه الله أربع روايات روى محمد رحمه الله عنه فى الاصل وفى الجامع الصغير أنه ان كان ذهب الثلث أو أقل جاز وان كان أكثر من الثلث لا يجوز وروى أبو يوسف رحمه الله أنه ان كان ذهب الثلث لا يجوز وان كان أقل من ذلك جاز وقال أبو يوسف رحمه الله ذكرت قولى لابى حنيفة رحمه الله فقال قولى مثل قولك وقول أبى يوسف أنه ان كان الباقى أكثر من الذاهب يجوز وان كان أقل منه أو مثله لا يجوز وروى أبو عبد الله البلخى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه اذا ذهب الربع لم يجزه وذكر الكرخى قول محمد مع قول أبى حنيفة فى روايته عنه فى الاصل وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى قوله مع قول أبى يوسف (وجه) قول أبى يوسف وهو احدى الروايات عن أبى حنيفة ان القليل والكثير من الاسماء الاضافية فما كان مضافه أقل منه يكون كثيرا وما كان أكثر منه يكون قليلا الا أنه قد قال بعدم الجواز اذا كانا سواء احتياطا لاجتماع جهة الجواز وعدم الجواز الا أنه يعتبر بقاء الاكثر للجواز ولم يوجد وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن العضباء قال سعيد ابن المسيب العضباء التى ذهب أكثر أذنها فقد اعتبر النبى عليه الصلاة والسلام الاكثر وأما وجه رواية اعتبار الربع كثيرا فلانه يلحق بالكثير فى كثير من المواضع كما فى مسح الرأس والحلق فى حق المحرم ففى موضع الاحتياط أولى وأما وجه رواية اعتبار الثلث كثيرا فلقول النبى عليه الصلاة والسلام فى باب الوصية الثلث والثلث كثير جعل عليه الصلاة والسلام الثلث كثيرا مطلقا وأما وجه رواية اعتباره قليلا فاعتباره بالوصية لان الشرع جوز الوصية بالثلث ولم يجوز بما زاد على الثلث فدل أنه اذا لم يزد على الثلث لا يكون كثيرا وأما الهتماء وهى التى لا أسنان لها فان كانت ترعى وتعتلف جازت والا فلا وذكر فى المنتقى عن أبى حنيفة رحمه الله أنه ان كان لا يمنعها عن الاعتلاف تجزيه وان كان يمنعها عن الاعتلاف الا ان يصب فى جوفها صبا لم تجزه وقال أبو يوسف فى قول لا تجزى سواء اعتلفت أو لم تعتلف وفى قول ان ذهب أكثر أسنانها لا تجزى كما قال فى الاذن والالية والذنب وفى قول ان بقى من أسنانها قدر ما تعتلف تجزى والا فلا وتجوز الثولاء وهى المجنونة الا اذا كان ذلك يمنعها عن الرعى والاعتلاف فلا تجوز لانه يفضى الى

هلا كما فكان عيباً فاحشاً وتجوز الجرباء اذا كانت سمينة فان كانت مهزولة لا تجوز وتجزى الجماء وهى التى لا
قرن لها خلقة وكذا مكسورة القرن تجزى لما روى ان سيدنا عليا رضى الله عنه سئل عن القرن فقال لا يضرك أمرنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن وروى ان رجلا من همذان جاء الى سيدنا على رضى الله
عنه فقال يا أمير المؤمنين البقرة عن كم قال عن سبعة ثم قال مكسورة القرن قال لا ضير ثم قال عرجاء فقال اذا بلغت المنسك
ثم قال سيدنا على كرم الله وجهه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نستشرف العين والاذن فان بلغ الكسر
المشاش لا تجزيه والمشاش رؤس العظام مثل الركبتين والمرفقين وتجزى الشرقاء وهى مشقوقة الاذن طولا وما
روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يضحى بالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة فالخرقاء هى مشقوقة
الاذن والمقابلة هى التى يقطع من مقدم أذنها شىء ولا يبان بل يترك معلقاً والمدابرة أن يفعل ذلك بمؤخر الاذن من
الشاة فالنهى فى الشرقاء والمقابلة والمدابرة محمول على الندب وفى الخرقاء على الكثير على اختلاف الاقاويل فى حد
الكثير على ما بينا ولا بأس بأن يكون فيه سمة فى أذنه لان ذلك لا يعد عيباً فى الشاة ولانه عيب يسير أو لان السمة لا يخلو عنها
الحيوان ولا يمكن التحرز عنها ولو اشترى رجل أضحية وهى سمينة فعجفت عنده حتى صارت بحيث لو اشتراها على
هذه الحالة لم تجزه لم تجزه ان كان موسرا وان كان معسرا أجزأته لان الموسر تجب عليه الاضحية فى ذمته وانما أقام ما اشترى
لها مقام ما فى الذمة فاذا نقصت لا تصلح أن تقام مقام ما فى الذمة فبقى ما فى ذمته بحاله وأما الفقير فلا أضحية فى ذمته فاذا
اشتراها للاضحية فقد تعينت الشاة المشتراة للقربة فكان نقصانها كهلاكها حتى لو كان الفقير أوجب على نفسه أضحية
لا تجوز هذه لانها وجب عليه بايجابه فصار كالغنى الذى وجبت عليه بايجاب الله عز شأنه ولو اشترى أضحية وهى
صحيحة ثم اعورت عنده وهو موسر او قطعت أذنها كلها أو اليتها أو ذنبها أو انكسرت رجلها فلم تستطع أن تمشى لا
تجزى عنه وعليه مكانها أخرى لما بينا بخلاف الفقير وكذلك ان ماتت عنده أو سرقت ولو قدم أضحية ليذبحها
فاضطربت فى المكان الذى يذبحها فيه فانكسرت رجلها ثم ذبحها على مكانها أجزأه وكذلك اذا انقلبت منه الشفرة
فاصابت عينها فذهبت والقياس أن لا تجوز (وجه) القياس ان هذا عيب دخلها قبل تعيين القربة فيها فصار كما لو كان
قبل حال الذبح (وجه) الاستحسان ان هذا مما لا يمكن الاحتراز عنه لان الشاة تضطرب فتلحقها العيوب من
اضطرابها وروى عن أبى يوسف أنه قال لو عالج أضحية ليذبحها فكسرت أو اعورت فذبحها ذلك اليوم أو من الغد
فانها تجزى لان ذلك النقصان لما لم يعتد به فى الحال لو ذبحها فكذا فى الثانى كالنقصان اليسير والله عز شأنه أعلم والثانى
ملك المحل وهو أن يكون المضحى ملك من عليه الاضحية فان لم يكن لا تجوز لان التضحية قربة ولا قربة فى الذبح
بملك الغير بغير اذنه وعلى هذا يخرج ما اذا اغتصب شاة انسان فضحى بها عن نفسه أنه لا تجزيه لعدم الملك ولا عن
صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عن التضحية وعلى كل واحد
منهما أن يضحى بأخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حية فانها تجزى عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت
الغصب بطريق الظهور والاستناد فصار ذابحا شاة هى ملكه فتجزيه لكنه يأثم لان ابتداء فعله وقع محظورا فتلزمه
التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزى عن الذابح أيضا بناء على ان المغصومات تملك بالضمان
عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعى وأصل المسئلة فى كتاب الغصب وكذلك اذا اغتصب شاة انسان كان
اشتراها للاضحية فضحاها عن نفسه بغير امره لما قلنا وكذلك الجواب فى الشاة المستحقة بان اشترى شاة ليضحى
بها فضحى بها ثم استحقها رجل بالبينة أنه ان أخذها المستحق مذبوحة لا تجزى عن واحد منهما وعلى كل واحد منهما
أن يضحى بشاة أخرى مادام فى أيام النحر وان مضت أيام النحر فعلى الذابح أن يتصدق بقيمة شاة وسط ولا يلزمه
التصدق بقيمة تلك الشاة المشتراة لانه بالاستحقاق تبين ان شراءه اياها للاضحية والعدم بمنزلة بخلاف ما اذا اشترى
شاة للاضحية ثم باعها حيث يلزمه التصدق بقيمتها لان شراءه اياها للاضحية قد صح لوجود الملك فيجب عليه

التصدق بقيمتها وان تركها عليه وضمنه قيمتها جاز الذبح عندنا كما فى الغصب ولو أودع رجل رجلا شاة يضحى بها
المستودع عن نفسه يوم النحر فاختار صاحبها القيمة ورضى بها فاخذها فانها لا تجزى المستودع من أضحيته بخلاف
الشاة المغصوبة والمستحقة ووجه الفرق ان سبب وجوب الضمان ههنا هو الذبح والملك ثبت بعد تمام السبب وهو الذبح
فكان الذبح مصادفا ملك غيره فلا يجزيه بخلاف الغاصب فانه كان ضامناً قبل الذبح لوجود سبب وجوب الضمان وهو
الغصب السابق فعند اختيار الضمان أو أدائه يثبت الملك له من وقت السبب وهو الغصب فالذبح صادف ملك نفسه
فجاز وكل جواب عرفته فى الوديعة فهو الجواب فى العارية والاجارة بان استعار ناقة أو ثوراً أو بعيراً أو استأجره
فضحى به أنه لا يجزيه عن الاضحية سواء أخذها المالك أو ضمنه القيمة لانها أمانة فى يده وانما يضمنها بالذبح فصار
كالوديعة ولو كان مرهونا ينبغى أن يجوز لانه يصير مالكا له من وقت القبض كما فى الغصب بل أولى ومن المشايخ من
فصل فى الرهن تفصيلا لا بأس به فقال ان كان قدر الرهن مثل الدين أو أقل منه يجوز فاما اذا كانت قيمته أكثر من
الدين فينبغى أن لا يجوز لانه اذا كان كذلك كان بعضه مضموناو بعضه أمانة ففى قدر الامانة انما يضمنه بالذبح فيكون
بمنزلة الوديعة ولو اشترى شاة بيعاً فاسدا فقبضها فضحى بها جاز لانه يملكها بالقبض وللبائع أن يضمنه قيمتها حية ان
شاء وان شاء أخذها مذبوحة لان الذبح لا يبطل حقه فى الاسترداد فان ضمنه قيمتها حية فلا شىء على المضحى وان
أخذها مذبوحة فعلى المضحى أن يتصدق بقيمتها مذبوحة لانه بالرد أسقط الضمان عن نفسه فصار كانه باعها بمقدار
القيمة التى وجبت عليه وكذلك لو وهب له شاة هبة فاسدة فضحى بها فالواهب بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها حية
وتجوز الاضحية ويأكل منها وان شاء استردها واسترد قيمة النقصان ويضمن الموهوب له قيمتها فيتصدق
بها اذا كان بعد مضى وقت الاضحية وكذلك المريض مرض الموت لو وهب شاة من رجل فى مرضه وعليه
دين مستغرق فضحى بها الموهوب له فالغرماء بالخيار ان شاؤا استردوا عينها وعليه أن يتصدق بقيمتها وان شاؤا
ضمنوه قيمتها فتجوز الاضحية لان الشاة كانت مضمونة عليه فاذا ردها فقد أسقط الضمان عن نفسه كما قلنا
فى البيع الفاسد ولو اشترى شاة بثوب فضحى بها المشترى ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده فهو بالخيار ان شاء
ضمنه قيمة الشاة ولا يتصدق المضحى ويجوز له الاكل وان شاء استردها ناقصة مذبوحة فبعد ذلك ينظر ان
كانت قيمة الثوب أكثر يتصدق بالثوب كانه باعها بالثوب وان كانت قيمة الشاة أكثر يتصدق بقيمة الشاة
لان الشاة كانت مضمونة عليه فيرد ما أسقط الضمان عن نفسه كانه باعها بثمن ذلك القدر من قيمتها فيتصدق
بقيمتها ولو وجد بالشاة عيبا فالبائع بالخيار ان شاء قبلها ورد الثمن ويتصدق المشترى بالثمن الا حصة النقصان لانه
لم يوجب حصة النقصان على نفسه وان شاء لم يقبل ورد حصة العيب ولا يتصدق المشترى بها لان ذلك النقصان لم
يدخل فى القربة وانما دخل فى القربة ما ذبح وقد ذبح ناقصا الا فى جزاء الصيد فانه ينظر ان لم يكن مع هذا
العيب عدلا للصيد فعليه أن يتصدق بالفضل لما ذكر ولو وهب لرجل شاة فضحى بها الموهوب له أجزأته عن
الاضحية لانه ملكها بالهبة والقبض فصار كما لو ملكها بالشراء فلو أنه ضحى بها ثم أراد الواهب أن يرجع فى هبته فعند
أبى يوسف رحمه الله ليس له ذلك بناء على أن الاضحية بمنزلة الوقف عنده فاذا ذبحها الموهوب له عن أضحيته أو
أوجبها أضحية لا يملك الرجوع فيها كما لو أعتق الموهوب له العبد أنه يقطع حق الواهب عن الرجوع كذا ههنا
وعند محمد عليه الرحمة له ذلك لان الذبح نقصان والنقصان لا يمنع الرجوع ولا يجب على المضحى أن يتصدق بشىء
لان الشاة لم تكن مضمونة عليه فصار فى الحكم بمنزلة ابتداء الهبة ولو وهبها أو استهلكها لا شىء عليه هذا ولو كان هذا فى
جزاء الصيد أو فى كفارة الحلق أو فى موضع يجب عليه التصدق باللحم فاذا رجع الواهب فى الهبة فعليه أن يتصدق
بقيمتها لان التصدق واجب عليه فصار كما اذا استهلكها ولانه ذبح شاة لغيره حق الرجوع فيها فصار كأنه هو الذى
دفع اليه والرجوع فى الهبة بقضاء وبغير قضاء سواء فى هذا الفصل يفترق الجواب بين ما يجب صدقة وبين ما لا يجب

وفى الفصول الاول يستوى الجواب بينهما ولو وهب المريض مرض الموت شاة لانسان وقبضها الموهوب له فضحاها ثم مات الواهب من مرضه ذلك ولا مال له غيرها فالورثة بالخيار ان شاؤا ضمنوا الموهوب له ثلثى قيمتها حية وان شاؤا أخذوا ثلثيها مذبوحة فان ضمنوه ثلثى قيمتها حية فلا شئ على الموهوب له لانها لو كانت مغصوبة فضمن قيمتها لا شئ عليه غير ذلك فهذه أولى وان أخذوا ثلثيها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم القياس أن يتصدق بثلثى قيمتها حية لان الموهوب له قد ضمن ثلثى قيمتها حية ثم سقط عنه ثلث قيمتها حية يأخذ الورثة منه ثلثى الشاة مذبوحة فصار كأنه باعها بذلك وقضى دينا عليه بثلثى الشاة فعليه أن يتصدق بذلك القدر وقال بعضهم لا شئ عليه الا ثلثى قيمتها مذبوحة لان الورثة لما أخذوا ثلثيها مذبوحة فقد أبرأوا الموهوب له من فضل ما بين ثلثى قيمتها حية الى ثلثى قيمتها مذبوحة فلا يجب على الموهوب له الا ثلثا قيمتها مذبوحة وهكذا ذكر فى نوادر الضحايا عن محمد عليه الرحمة فى هذه المسألة أن الورثة بالخيار ان شاؤا ضمنوا ثلثى قيمة الشاة وسلموا له لحمها وان شاؤا أخذوا ثلثى لحمها وكانوا شركاءه فيها فان ضمنوا ثلثى القيمة أجزأت عنه الاضحية وان شاركوه فيها وأخذوا ثلثى لحمها فعليه أن يتصدق بثلثى قيمتها مذبوحة وقد أجزأت عنه من قبل أنه ذبحها وهو يملكها والله عز شأنه أعلم

فصل وأما بيان ما يستحب قبل التضحية وعندها وبعدها وما يكره أما الذى هو قبل التضحية فيستحب أن يربط الاضحية قبل أيام النحر بأيام لما فيه من الاستعداد للقربة واظهار الرغبة فيها فيكون له فيه أجر وثواب وأن يقلدها ويجللها اعتبارا بالهدايا والجامع أن ذلك يشعر بتعظيمها قال الله تعالى ذلك ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب وأن يسوقها الى المنسك سوقا جميلا لا عنيفا وان لا يجر برجلها الى المذبح كما ذكرنا فى كتاب الذبائح ولو اشترى شاة للاضحية فيكره أن يحلبها أو يجز صوفها فينتفع به لانه عينها للقربة فلا يحل له الانتفاع بجزء من أجزائها قبل اقامة القربة فيها كما لا يحل له الانتفاع بلحمها اذا ذبحها قبل وقتها ولان الحلب والجز يوجب تقصا فيها وهو ممنوع عن ادخال النقص فى الاضحية ومن المشايخ من قال هذا فى الشاة المنذور بها بعينها من المعسر أو الموسر أو الشاة المشتراة للاضحية من المعسر فأما المشتراة من الموسر للاضحية فلا بأس أن يحلبها ويجز صوفها لان فى الاول تعينت الشاة لوجوب التضحية بها بدليل أنه لا تقوم التضحية بغيرها مقامها واذا تعينت لوجوب التضحية بها بتعيينه لا يجوز له الرجوع فى جزء منها وفى الثانى لم تتعين للوجوب بل الواجب فى ذمته وانما يسقط بها ما فى ذمته بدليل أن غيرها يقوم مقامها فكانت جائزة الذبح لا واجبة الذبح والجواب على نحو ما ذكرنا فيما تقدم أن المشتراة للاضحية متعينة للقربة الى أن يقام غيرها مقامها فلا يحل الانتفاع بها ما دامت متعينة ولهذا لا يحل له لحمها اذا ذبحها قبل وقتها فان كان فى ضرعها لبن وهو يخاف عليها ان لم يحلبها نضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقاص اللبن لانه لا سبيل الى الحلب ولا وجه لابقائها كذلك لانه يخاف عليها الهلاك فيتضرر به فتعين نضح الضرع بالماء البارد لينقطع اللبن فيندفع الضرر فان حلب تصدق باللبن لانه جزء من شاة متعينة للقربة ما أقيمت فيها القربة فكان الواجب هو التصدق به كما لو ذبحت قبل الوقت فعليه أن يتصدق بمثله لانه من ذوات الامثال وان تصدق بقيمته جاز لان القيمة تقوم مقام العين وكذلك الجواب فى الصوف والشعر والوبر ويكره له بيعها لما قلنا ولو باع جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد عليهما الرحمة لانه بيع مال مملوك منتفع به مقدور التسليم وغير ذلك من الشرائط فيجوز وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجوز لما روى عنه انه بمنزلة الوقف ولا يجوز بيع الوقف ثم اذا جاز بيعها على أصلهما فعليه مكانها مثلها أو أرفع منها فيضحى بها فان فعل ذلك فليس عليه شئ آخر وان اشترى دونها فعليه أن يتصدق بفضل ما بين القيمتين ولا ينظر الى الثمن وانما ينظر الى القيمة حتى لو باع الاولى بأقل من قيمتها واشترى الثانية بأكثر من قيمتها وثمن الثانية أكثر من ثمن الاولى يجب عليه أن يتصدق بفضل قيمة الاولى فان ولدت الاضحية ولدا يذبح ولدها مع الام كذا ذكر فى الاصل وقال أيضا وان باعه يتصدق بثمنه لان الام تعينت للاضحية والولد يحدث على وصف الام فى الصفات الشرعية فيسرى الى

الولد

الولد كالرق والحرية ومن المشايخ من قال هذا فى الاضحية الموجبة بالنذر كالفقير اذا اشترى شاة للاضحية فأما الموسر اذا اشترى شاة للاضحية فولدت لا يتبعها ولدها لان فى الاول تعين الوجوب فيسرى الى الولد وفى الثانى لم يتعين لانه لا تجوز التضحية بغيرها فكذا ولدها وذكر القدورى رحمه الله وقال كان أصحابنا يقولون يجب ذبح الولد ولو تصدق به جاز لان الحق لم يسر اليه ولكنه متعلق به فكان كجلالها وخطامها فان ذبحه تصدق بقيمته وان باعه تصدق بثمنه ولا يبيعه ولا يأكله وقال بعضهم لا ينبغى له أن يذبحه وقال بعضهم انه بالخيار ان شاء ذبحه أيام النحر وأكل منه كالام وان شاء تصدق به فان أمسك الولد حتى مضت أيام النحر تصدق به لانه فات ذبحه فصار كالشاة المنذورة وذكر فى المنتقى اذا وضعت الاضحية فذبح الولد يوم النحر قبل الام أجزأه فان تصدق به يوم الاضحى قبل أن يعلم فعليه أن يتصدق بقيمته قال القدورى رحمه الله وهذا على أصل محمد عليه الرحمة ان الصغار تدخل فى الهدايا ويجب ذبحها ولو ولدت الاضحية تعلق بولدها من الحكم ما يتعلق بها فصار كما لو فات بعض الايام ويكره له ركوب الاضحية واستعمالها والحمل عليها فان فعل فلا شئ عليه الا أن يكون نقصها ذلك فعليه أن يتصدق بنقصانها ولو آجرها صاحبها ليحمل عليها قال بعض المشايخ ينبغى أن يغرم ما نقصها الحمل فانه ذكر فى المنتقى فى رجل أهدى ناقة ثم آجرها ثم حمل عليها فان صاحبها يغرم ما نقصها ذلك ويتصدق بالكراء كذا ههنا (وأما) الذى هو فى حال التضحية فبعضها يرجع الى نفس التضحية وبعضها يرجع الى من عليه التضحية وبعضها يرجع الى الاضحية وبعضها يرجع الى وقت التضحية وبعضها يرجع الى آلة التضحية أما الذى يرجع الى نفس التضحية فما ذكرنا فى كتاب الذبائح وهو ان المستحب هو الذبح فى الشاة والبقر والنحر فى الابل ويكره القلب من ذلك وقطع العروق الاربعة كلها والتذفيف فى ذلك وأن يكون الذبح من الحلقوم لا من القفا (وأما) الذى يرجع الى من عليه التضحية فالافضل أن يذبح بنفسه ان قدر عليه لانه قربة فمباشرتها بنفسه أفضل من توليتها غيره كسائر القربات والدليل عليه ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فنحر منها نيفا وستين بيده الشريفة عليه الصلاة والسلام ثم أعطى المدية سيدنا علياً رضى الله عنه فنحر الباقين وهذا اذا كان الرجل يحسن الذبح ويقدر عليه فأما اذا لم يحسن فتوليته غيره فيه أولى وقد روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه قال نحرت بدنة قائمة معقولة فلم أشق عليها فكدت أهلك ناسا لانها نفرت فاعتقدت أن لا أنحرها الا باركة معقولة وأولى من هو أقدر على ذلك منى وفى حديث أنس رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين أقرنين قال أنس فرأيت النبى عليه الصلاة والسلام واضعاً قدمه على صفاحهما أى على جوانب عنقهما وهو يذبحهما بيده عليه الصلاة والسلام مستقبل القبلة فذبح الاول فقال بسم الله والله أكبر اللهم هذا عن محمد وعن آل محمد ثم ذبح الآخر وقال عليه الصلاة والسلام اللهم هذا عمن شهد لك بالتوحيد وشهد لى بالبلاغ ويستحب أن يكون الذابح حال الذبح متوجها الى القبلة لما روينا واذا لم يذبح بنفسه يستحب له أن يأمر مسلما فان أمر كتابيا يكره لما قلنا ويستحب أن يحضر الذبح لما روى عن سيدنا على رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام قال لسيدتنا فاطمة رضى الله عنها يا فاطمة بنت محمد قومى فاشهدى ضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها مغفرة لكل ذنب اما أنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع فى ميزانك وسبعون ضعفا فقال أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه يا نبى الله هذا لآل محمد خاصة فانهم أهل لما خصوا به من الخير أم لآل محمد وللمسلمين عامة فقال هذا لآل محمد خاصة وللمسلمين عامة وفى حديث عمران بن الحصين رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا فاطمة قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة تقطر من دمها كل ذنب عملتيه وقولى ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وان يدعو فيقول اللهم منك ولك صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين لما روينا وان يقول ذلك قبل التسمية أو بعدها لما روى عن جابر رضى الله عنه قال ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين فقال حين وجههما وجهت وجهى للذى فطر

السموات والارض حنيفا مسلما اللهم منك ولك عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر و روى عن الحسن بن المعتم الكنانى قال خرجت مع سيدنا على بن أبى طالب رضى الله عنه يوم الاضحى الى عيد فلما صلى قال ياقنبر ادن منى أحد الكبشين فأخذ بيده فأضجعه ثم قال وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين بسم الله اللهم منك ولك بسم الله والله أكبر اللهم تقبل من على فذبحه ثم دعا بالثانى ففعل به مثل ذلك ويستحب أن يجرد التسمية عن الدعاء فلا يخلط معها دعاء وانما يدعو قبل التسمية أو بعدها ويكره حالة التسمية (وأما) الذى يرجع الى الاضحية فالمستحب أن يكون أسمنها وأحسنها وأعظمها لانها مطية الآخرة قال عليه الصلاة والسلام عظموا ضحاياكم فانها على الصراط مطاياكم ومهما كانت المطية أعظم وأسمن كانت على الجواز على الصراط أقدر وأفضل الشاء أن يكون كبشا أملح أقرن موجوأ لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين أقرنين موجوأين عظيمين سمينين والاقرن العظيم القرن والاملح الابيض وروى عليه الصلاة والسلام أنه قال دم العفراء يعدل عند الله مثل دم السوداوين وان أحسن اللون عند الله البياض والله خلق الجنة بيضاء والموجوء قيل هو مدقوق الخصيتين وقيل هو الخصى كذا روى عن أبى حنيفة رحمه الله فانه روى عنه انه سئل عن التضحية بالخصى فقال ما زاد فى لحمه أنفع مما ذهب من خصيتيه (وأما) الذى يرجع الى وقت التضحية فالمستحب هو اليوم الاول من أيام النحر لما روينا عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا أيام النحر ثلاثة أولها أفضلها ولانه مسارعة الى الخير وقد مدح الله جل شأنه المسارعين الى الخيرات السابقين لها بقوله عز شأنه أولئك يسارعون فى الخيرات وهم لها سابقون وقال عز شأنه وسارعوا الى مغفرة من ربكم أى الى سبب المغفرة ولان الله جل شأنه أضاف عباده فى هذه الايام بلحوم القرابين فكانت التضحية فى أول الوقت من باب سرعة الاجابة الى ضيافة الله جل شأنه والمستحب أن تكون بالنهار ويكره أن تكون بالليل لما ذكرنا فى كتاب الذبائح والصيود وأفضل وقت التضحية لاهل السواد ما بعد طلوع الشمس لان عنده يتكامل آثار أول النهار والله عز وجل أعلم (وأما) الذى يرجع الى آلة التضحية فما ذكرنا فى كتاب الذبائح وهو أن تكون آلة الذبح حادة من الحديد (وأما) الذى هو بعد الذبح فالمستحب أن يتربص بعد الذبح قدر ما يبرد ويسكن من جميع أعضائه وتزول الحياة عن جميع جسده ويكره أن ينخع ويسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا فى كتاب الذبائح ولصاحب الاضحية أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى فكلوا منها ولانه ضيف الله جل شأنه فى هذه الايام كغيره فله أن يأكل من ضيافة الله عز شأنه وجملة الكلام فيه ان الدماء أنواع ثلاثة نوع يجوز لصاحبه أن يأكل منه بالاجماع ونوع لا يجوز له أن يأكل منه بالاجماع ونوع اختلف فيه فالاول دم الاضحية نفلا كان أو واجبا منذورا كان أو واجبا مبتدأ والثانى دم الاحصار وجزاء الصيد ودم الكفارة الواجبة بسبب الجناية على الاحرام كحلق الرأس ولبس المخيط والجماع بعد الوقوف بعرفة وغير ذلك من الجنايات ودم النذر بالذبح والثالث دم المتعة والقران فعندنا يؤكل وعند الشافعى رحمه الله لا يؤكل وهى من مسائل المناسك ثم كل دم يجوز له أن يأكل منه لا يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو وجب عليه التصدق لما جاز له أن يأكل منه وكل دم لا يجوز له أن يأكل منه يجب عليه أن يتصدق به بعد الذبح اذ لو لم يجب لادى الى التسييب ولو هلك اللحم بعد الذبح لا ضمان عليه فى النوعين جميعا أما فى النوع الاول فظاهر وأما فى الثانى فلانه هلك عن غير صنعه فلا يكون مضمونا عليه وان استهلكه بعد الذبح ان كان من النوع الثانى يغرم قيمته لانه أتلف مالا متعينا للتصدق به فيغرم قيمته ويتصدق بها وان كان من النوع الاول لا يغرم شيأ ولو باعه نفذ بيعه سواء كان من النوع الاول أو الثانى فعليه ان يتصدق بثمنه ويستحب له أن يأكل من أضحيته لقوله تعالى عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير و روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال اذا ضحى أحدكم فليأكل من أضحيته ويطعم منه غيره و روى عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال لغلامه قنبر حين ضحى بالكبشين

ياقنبر خذلى من كل واحد منهما بضعة وتصدق بهما بجلودهما وبرؤسهما وبأكارعهما والافضل أن يتصدق بالثلث ويتخذ الثلث ضيافة لاقاربه وأصدقائه ويدخر الثلث لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر وقوله عز شأنه فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير وقول النبي عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن لحوم الاضاحى فكلوا منها وادخروا فثبت بمجموع الكتاب العزيز والسنة ان المستحب ماقلنا ولانه يوم ضيافة الله عز وجل بلحوم القرابين فيندب اشراك الكل فيها ويطعم الفقير والغنى جميعا لكون الكل أضياف الله تعالى عز شأنه فى هذه الايام وله أن يهبه منهما جميعاً ولو تصدق بالكل جاز ولو حبس الكل لنفسه جاز لان القربة فى الاراقة (وأما) التصدق باللحم فتطوع وله أن يدخر الكل لنفسه فوق ثلاثة أيام لان النهى عن ذلك كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ بما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال انى كنت نهيتكم عن امساك لحوم الاضاحى فوق ثلاثة أيام الا فامسكوا مابدا لكم وروى انه عليه الصلاة والسلام قال انما نهيتكم لاجل الرأفة دون حضرة الاضحى الا أن اطعامها والتصدق أفضل الا أن يكون الرجل ذا عيال وغير موسع الحال فان الافضل له حينئذ أن يدعه لعياله ويوسع به عليهم لان حاجته وحاجة عياله مقدمة على حاجة غيره قال النبي عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بغيرك ولا يحل بيع جلدها وشحمها ولحمها وأطرافها ورأسها وصوفها وشعرها ووبرها ولبنها الذى يحلبه منها بعد ذبحها بشئ لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاك عينه من الدراهم والدنانير والمأكولات والمشروبات ولا أن يعطى أجر الجزار والذابح منها لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع جلد أضحيته فلا أضحية له وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعطى أجر الجزار منها وروى عن سيدنا على كرم الله وجهه أنه قال اذا ضحيتم فلا تبيعوا لحوم ضحاياكم ولا جلودها وكلوا منها وتمتعوا ولانها من ضيافة الله عز شأنه التى أضاف بها عباده وليس للضيف أن يبيع من طعام الضيافة شيأ فان باع شيأ من ذلك نفذ عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا ينفذ لما ذكرنا فيما قبل الذبح ويتصدق بثمنه لان القربة ذهبت عنه فيتصدق به ولانه استفاده بسبب محظور وهو البيع فلا يخلو عن خبث فكان سبيله التصدق وله أن ينتفع بجلد أضحيته فى بيته بأن يجعله سقاء أو فروا أو غير ذلك لما روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها اتخذت من جلد أضحيتها سقاء ولانه يجوز الانتفاع بلحمها فكذا بجلدها وله أن يبيع هذه الاشياء بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه من متاع البيت كالجراب والمنخل لان البدل الذى يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقوم مقام المبدل فكان المبدل قائما معنى فكان الانتفاع به كالانتفاع بعين الجلد بخلاف البيع بالدراهم والدنانير لان ذلك مما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فلا يقوم مقام الجلد فلا يكون الجلد قائما معنى والله تعالى عز شأنه أعلم

## ﴿ كتاب النذر ﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى ثلاثة مواضع فى بيان ركن النذر وفى بيان شرائط الركن وفى بيان حكم النذر أما الاول فركن النذر هو الصيغة الدالة عليه وهو قوله لله عز شأنه على كذا أو على كذا أو هذا هدى أو صدقة أو مالى صدقة أو ما أملك صدقة ونحو ذلك

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فأنواع بعضها يتعلق بالناذر وبعضها يتعلق بالمنذور به وبعضها يتعلق بنفس الركن أما الذى يتعلق بالناذر فشرائط الاهلية (منها) العقل (ومنها) البلوغ فلا يصح نذر المجنون والصبى الذى لا يعقل لان حكم النذر وجوب المنذور به وهما ليسا من أهل الوجوب وكذا الصبى العاقل لانه ليس من أهل وجوب الشرائع ألا ترى انه لا يجب عليهما شئ من الشرائع بايجاب الشرع ابتداء فكذا بالنذر اذ الوجوب عند

وجود الصيغة من الاهل فى المحل بايجاب الله تعالى لا بايجاب العبد اذ ليس للعبد ولاية الايجاب وانما الصيغة علم على ايجاب الله تعالى (ومنها) الاسلام فلا يصح نذر الكافر حتى لو نذر ثم أسلم لا يلزمه الوفاء به وهو ظاهر مذهب الشافعى رحمه الله لان كون المنذور به قربة شرط صحة النذر وفعل الكافر لا يوصف بكونه قربة (وأما) حرية الناذر فليست من شرائط الصحة فيصح نذر المملوك ثم ان كان المنذور به من القرب الدينية كالصلاة والصوم ونحوهما يجب عليه للحال ولو كان من القرب المالية كالاعتاق والاطعام ونحو ذلك يجب عليه بعد العتاق لانه ليس من أهل الملك للحال ولو قال ان اشتريت هذه الشاة فهى هدى أو ان اشتريت هذا العبد فهو حر فعتق لم يلزمه حتى يضيفه الى ما بعد العتق فى قياس قول أبى حنيفة وقد ذكرناه فى كتاب العتاق (وأما) الطواعية فليست بشرط عندنا خلافا للشافعى رحمه الله كما فى اليمين وكذا الجد والهزل والله عز شأنه أعلم (وأما) الذى يرجع الى المنذور به فأنواع (منها) أن يكون متصور الوجود فى نفسه شرعا فلا يصح النذر بما لا يتصور وجوده شرعا كمن قال لله تعالى على أن أصوم ليلا أو نهارا أكل فيه وكما اذا قالت لله على أن أصوم أيام حيضى لان الليل ليس محل الصوم والاكل مناف للصوم حقيقة والحيض مناف له شرعا اذ الطهارة عن الحيض والنفاس شرط وجود الصوم الشرعى ولو قالت لله على أن أصوم غدا فحاضت فى غد أو قالت لله على أن أصوم يوم يقدم فلان فقدم فى يوم حاضت فيه لا شئ عليها عند محمد وعند أبى يوسف عليها قضاء ذلك اليوم وهى من مسائل الصوم وعلى هذا يخرج ما اذا قال لله تعالى على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم فى النهار انه ان قدم قبل الزوال أو قبل ان تناول شيأ من المفطرات يلزمه صومه وان قدم بعد الزوال أو بعد ما تناول شيأ من المفطرات لا يلزمه شئ لانه أوجب على نفسه صوم يوم موصوف بأنه يوجد فيه قدوم فلان ولا علم له بهذا اليوم قبل القدوم ولا دليل العلم ولا وجوب لهذا الصوم بدون العلم أو دليله لان ما ثبت أداؤه على قصد المؤدى فى تحصيله لا يجب أداؤه الا بعد العلم بوجوبه أو دليل العلم فلم يجب الصوم ما لم يوجد اليوم الموصوف ولا وجود الا بالقدوم فصار الوجوب على هذا التخريج متعلقا بالقدوم ووجوب صوم يوم لم تزل فيه الشمس ولم يتناول شيأ من المفطرات متصور كما لو أنشأ النذر فوجب عليه للحال ولا تصور له بعد التناول و بعد الزوال فلا يجب عليه شئ بخلاف اليمين بأن قال والله لاصومن اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم بعد ما أكل أو بعد الزوال حنث فى يمينه والفرق ان فى باب النذر يجب الفعل حقا لله تعالى لان الوجوب بايجاب الله تعالى عند مباشرة سبب الوجوب من العبد فصار هذا وسائر العبادات المقصودة على السواء (وأما) فى باب اليمين فالفعل فى نفسه غير واجب بل الواجب هو الامتناع عن هتك حرمة اسم الله تعالى عز شأنه وانما وجب الفعل لضرورة حصول البر وحصول البر أيضا لضرورة الامتناع عن الهتك فوجوبه لا يفتقر الى العلم فكان وجوب تحصيل البر والامتناع ثابتا قبل وجود دليل الوجوب وهو القدوم فوجب عليه البر من أول وجود هذا اليوم الذى حلف أن يصومه وان لم يكن له به علم فاذا لم يصم بأن أكل أو امتنع من النذر حتى زالت الشمس حنث فى يمينه لفوات البر والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون قربة فلا يصح النذر بما ليس بقربة رأسا كالنذر بالمعاصى بأن يقول لله عز شأنه على أن أشرب الخمر أو أقتل فلانا أو أضربه أو أشتمه ونحو ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فى معصية الله تعالى وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر أن يعصى الله تعالى فلا يعصه ولان حكم النذر وجوب المنذور به ووجوب فعل المعصية محال وكذا النذر بالمباحات من الاكل والشرب والجماع ونحو ذلك لعدم وصف القربة لاستوائهما فعلا وتركا وكذا لو قال على طلاق امرأتى لان الطلاق ليس بقربة فلا يلزم بالنذر وهل يقع الطلاق به فيه كلام نذكره ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون قربة مقصودة فلا يصح النذر بعيادة المرضى وتشييع الجنائز والوضوء والاغتسال ودخول المسجد ومس المصحف والاذان و بناء الرباطات والمساجد وغير ذلك وان كانت قربا لانها ليست بقرب مقصودة و يصح النذر بالصلاة والصوم والحج والعمرة والاحرام بهما والعتق والبدنة والهدى والاعتكاف ونحو ذلك لانها قرب مقصودة

وقد

وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقال عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه وفاؤه بما سمى الا أنه خص منه المسمى الذي ليس بقربة أصلا والذي ليس بقربة مقصودة فيجب العمل بعمومه فيما وراءه ومن مشايخنا من أصل في هذا أصلا فقال ماله أصل في الفروض يصح النذر به ولا شك أن ماسوى الاعتكاف من الصلاة والصوم وغيرهما له أصل في الفروض والاعتكاف له أصل أيضاً في الفروض وهو الوقوف بعرفة ومالا أصل له في الفروض لا يصح النذر به كعيادة المرضى وتشييع الجنازة ودخول المسجد ونحوها وعلل بأن النذر ايجاب العبد فيعتبر بايجاب الله تعالى ولو قال لله على أن أصوم يوم النحر أو أيام التشريق يصح نذره عند أصحابنا الثلاثة ويفطر ويقضي وقال زفر رحمه الله والشافعي لا يصح نذرهما انه نذر بما هو معصية لكون الصوم في أيام التشريق منهياً عنه لقوله عليه الصلاة والسلام ألا لا تصوموا في هذه الايام فانها أيام أكل وشرب والمنهي عنه يكون معصية والنذر بالمعاصي لا يصح لما بينا والدليل عليه أن الصوم في هذه الايام لا يلزم بالشروع ولا يضمن بالقضاء عند الافساد بأن أصبح صائماً ثم أفطر ( ولنا ) أنه نذر بقربة مقصودة فيصح النذر كما لو نذر بالصوم في غير هذه الايام ودلالة الوصف النص والمعقول ( أما ) النص فقوله عليه الصلاة والسلام خبراً عن الله تعالى جل شأنه الصوم لي وأنا أجزي به من غير فصل ( وأما ) المعقول فهو أنه سبب التقوى والشكر ومواساة الفقراء لان الصائم في زمان الصوم يتقي الحلال فالحرام أولى ويعرف قدر نعم الله تعالى جل شأنه عليه بما يجد من مرارة الجوع والعطش فيحمله ذلك على الشكر وعلى الاحسان الى الفقراء لما عرف قدر مقاساة المبتلى بالجوع والفقر وهذه المعاني موجودة في الصوم في هذه الايام وانها معان مستحسنة عقلا والنهي لا يرد عما عرف حسنه عقلا لما فيه من التناقض فيحمل على غيره مجاوراً له صيانة لحجج الله تعالى عن التناقض عملا بالدلائل بقدر الامكان ( وأما ) فصل الشروع والقضاء فممنوع عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند أبي حنيفة عليه الرحمة انما يلزم بالشروع ولا يجب القضاء بالافطار لان لزوم الاتمام في صوم التطوع لضرورة صيانة المؤدى عن الابطال لان ابطال العمل حرام وههنا صاحب الحق وهو الله تعالى جلت عظمته رضي بابطال حقه فلا يحرم الابطال فلا يلزم الاتمام ووجوب القضاء ضرورة لزوم الاتمام فاذا لم يلزم لا يجب ولو قال على المشي الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة أو الى مكة أو الى بكة فعليه حجة أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وعليه ذبح شاة لركوبه وجملة الكلام فيه أن المكان نوعان مكان يصح الدخول فيه بغير احرام وهو ماسوى الحرم كمسجد المدينة على صاحبها أفضل الصلاة والسلام ومسجد بيت المقدس وغيرهما من سائر المساجد والاماكن ومكان لا يصح الدخول فيه بغير احرام وهو الحرم والحرم مشتمل على مكة ومكة على المسجد الحرام والمسجد الحرام على الكعبة فالناذر إما أن يسمى في النذر الكعبة أو بيت الله تعالى أو مكة أو بكة أو الحرم أو المسجد الحرام والافعال التي يوجبها على نفسه شبه ألفاظ المشي والخروج والسفر والركوب والذهاب والاياب فان أوجب على نفسه شيأ من هذه الافعال وأضافه الى مكان يصح دخوله فيه بغير احرام لا يصح ايجابه لانه أوجب على نفسه التحول من مكان الى مكان وذا ليس بقربة مقصودة ولا يصح النذر بما ليس بقربة والدليل عليه ماروى أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله اني نذرت أن فتح لك مكة أن أصلي مائتي ركعة في مائة مسجد فقال عليه الصلاة والسلام صلي في مسجد واحد فلم يصحح عليه الصلاة والسلام نذرها بالصلاة في كل مسجد والنذر بخلاف اليمين فان اليمين تنعقد بهذه الالفاظ بأن يقول والله لا ذهبن الى موضع كذا أو لاسافرن أو غيرهما من الالفاظ لان اليمين لا يقف انعقادها على كون المحلوف عليه قربة بل ينعقد على القربة وغيرها بخلاف النذر وان أضاف ايجاب شئ من هذه الافعال الى المكان الذي لا يصح الدخول فيه بغير احرام ينظر فان أضاف ايجاب ماسوى المشي اليه لا يصح ولا يلزمه شئ لما ذكرنا أن التحول من مكان الى مكان ليس بقربة في نفسه وان أضاف ايجاب المشي اليه فان ذكر سوى ماذكرنا من الامكنة من الكعبة وبيت الله تعالى ومكة وبكة

والمسجد الحرام والحرم بأن أوجب على نفسه المشى الى الصفا والمروة ومسجد الخيف وغيرها من المساجد التى فى الحرم لا يصح نذره بلا خلاف وان ذكر الكعبة و بيت الله عز شأنه أو مكة أو بكة يصح نذره و يلزمه حجة أو عمرة ماشياً وان شاء ركب وذبح لركوبه شاة وهذا استحسان والقياس أن لا يصح ولا يلزمه شئ ( وجه ) القياس ان من شرط صحة النذر أن يكون المنذور به قربة مقصودة ولا قربة فى نفس المشى وانما القربة فى الاحرام وانه ليس بمذكور ولهذا لم يصح بسائر الالفاظ سوى لفظ المشى (وجه) الاستحسان ان هذا الكلام عندهم كناية عن التزام الاحرام يستعملونه لالتزام الاحرام بطريق الكناية من غير أن يعقل فيه وجه الكناية بمنزلة قوله لله على أن أضرب بثوبى حطيم الكعبة كناية عن التزام الصدقة باصطلاحهم والاحرام يكون بالحجة أو بالعمرة فيلزمه أحدهما بخلاف سائر الالفاظ فانها ما جرت عادتهم بالتزام الاحرام بها والمعتبر فى الباب عرفهم وعادتهم ولا عرف هناك فيلزمه ذلك ماشياً لانه التزم المشى وفيه زيادة قربة قال النبى عليه الصلاة والسلام من حج ماشياً فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال عليه الصلاة والسلام واحدة بسبعمائة فجاز التزامه بالنذر كصفة التتابع فى الصوم فيمشى حتى يطوف طواف الزيارة لان بذلك يقع الفراغ من أركان الحج الا أن له أن يركب و يذبح لركوبه شاة لما روى أن أخت أبى سعيد الخدرى رضى الله عنهما نذرت ان تحج ماشية فقال النبى عليه الصلاة والسلام لابى سعيد الخدرى ان الله تعالى غنى عن تعذيب أختك مرها فلتركب ولترق دماً وما روى فى بعض الروايات أن عقبة بن عامر الجهنى سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أختى نذرت أن تحج البيت ماشية غير مختمرة فقال عليه الصلاة والسلام ان الله غنى عن تعذيب أختك فلتركب ولتهد شاة وفى بعضها ان أخت عقبة بن عامر نذرت أن تمشى الى بيت الله تعالى حافية حاسرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى غنى عن عناء أختك مرها فلتركب ولتهد شاة ولتحرم ان شاءت بحجة وان شاءت بعمرة وروى عن سيدنا على رضى الله عنه انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج وركب وذبح لركوبه شاة رواه فى الاصل وانما استوى فيه لفظ الكعبة و بيت الله ومكة و بكة لان كل واحد من هذه الالفاظ يستعمل عند استعمال الآخر يقال فلان مشى الى بيت الله والى الكعبة والى مكة والى بكة ولا يقال مشى الى الصفا والمروة وان ذكر المسجد الحرام أو الحرم قال أبو حنيفة رحمه الله لا يصح نذره ولا يلزمه شئ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يلزمه حجة أو عمرة ( وجه ) قولهما أن الحرم مشتمل على البيت وعلى مكة فصار كانه قال على المشى الى بيت الله والى مكة ولابى حنيفة رحمه الله أن القياس أن لا يجب شئ بايجاب المشى المضاف الى مكان ما لما ذكرنا أن المشى ليس بقربة مقصودة إذ هو انتقال من مكان الى مكان فليس فى نفسه قربة ولهذا لا يجب بسائر الالفاظ الا أنا أوجبنا عليه الاحرام فى لفظ المشى الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة أو الى بكة للعرف حيث تعارفوا استعمال ذلك كناية عن التزام الاحرام ولم يتعارفوا استعمال غيرها من الالفاظ الا ترى أنه يقال مشى الى مكة والكعبة و بيت الله ولا يقال مشى الى الحرم أو المسجد الحرام كما يقال مشى الى الصفا والمروة والكناية يتبع فيها عين اللفظ لا المعنى بخلاف المجاز فانه يراعى فيه المعنى اللازم المشهور فى محل الحقيقة لان الكناية ثابتة بالاصطلاح كالاسماء الموضوعة فيتبع فيها العرف واستعمال اللفظ بخلاف المجاز ولو قال على المشى الى بيت الله وهو ينوى مسجدا من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شئ لانه نوى ما يحتمله لفظه لان كل مسجد بيت الله تعالى فصحت نيته على أن الظاهر ان كانت ارادة الكعبة من هذا الكلام لا غير لكن هذا أمر بينه و بين الله تعالى فيكتفى فيه باحتمال اللفظ إياه فى الجملة ولو قال أنا أحرم أو أنا محرم أو أهدى أو أمشى الى البيت فان نوى به الايجاب يكون ايجابا لانه يذكر و يراد به الايجاب كقولنا أشهد أن لا اله الا الله أنه يكون توحيداً وكقول الشاهد عند القاضى أشهد أنه يكون شهادة فقد نوى ما يحتمله لفظه وان نوى أن يعد من نفسه عدة ولا يوجب شيأ كان عدة ولا شئ عليه لان اللفظ يحتمل العدة لانه يستعمل فى العدات وان لم يكن له نية

فهو

فهو على الوعد لانه غلب استعماله فيــه فعند الاطلاق يحمل عليه هذا اذا لم يعلقه بالشرط فان علقه بالشرط بأن قال ان فعلت كذا فانا أحرم فهو على الوجوه التى بينا أنه ان نوى الايجاب يكون ايجابا وان نوى الوعــد يكون وعدا لما قلنا وان لم يكن له نية فهو على الايجاب بخلاف الفصل الاول لان العدات لا تتعلق بالشروط وان الواجبات تتعلق بها فالمعرفة الى الايجاب بقرينة التعليق بالشرط ولم توجــد القرينة فى الفصل الاول فصار الحاصل ان هــذا اللفظ فى غير المعين بالشرط على الوعد الا أن ينوى به الايجاب وفى المعلق يقع على الايجاب الا أن ينوى به الوعــد ولو قال لله تعالى على أن أنحر ولدى أو أذبح ولدى يصح نذره و يلزمه الهدى وهو نحر البدنة أو ذبح الشاة والافضل هو الابل ثم البقر ثم الشاة وانما ينحر أو يذبح فى أيام النحر سواء كان فى الحرم أو لا وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والقياس أن لا يصح نذره وهو قول أبى يوسف وزفر والشافعى رحمهم الله (وجه) القياس أنه نذر بما هو معصية والنذر بالمعاصى غير صحيح ولهذا لم يصح بلفظ القتل (وجه) الاستحسان قول النبى عليــه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليــه الوفاء بما سمى والمراد من الحديثين النذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة وقد نذر بما هو طاعة مقصودة وقربة مقصودة لانه نذر بذبح الولد تقديراً بما هو خلف عنه وهو ذبح الشاة فيصح النذر بذبح الولد على وجــه يظهر أثر الوجوب فى الشاة التى هى خلف عنه كالشيخ الفانى اذا نذر أن يصوم رجب أنه يصح نذره وتلزمه الفدية خلفاً عن الصوم ودليل ما قلنا الحــديث وضرب من المعقول (أما) الحديث فقول النبى عليه الصلاة والسلام أنا ابن الذبيحين أراد أول آبائه من العرب وهو سيدنا اسماعيل عليه الصلاة والسلام وآخر آبائه حقيقة وهو عبــد الله بن عبد المطلب سماهما عليه الصــلاة والسلام ذبيحين ومعلوم انهما ما كانا ذبيحين حقيقة فكانا ذبيحين تقديراً بطريق الخلافة لقيام الخلف مقام الاصل (وأما) المعقول فلان المسلم انما يقصد بنذره التقرب الى الله تعالى الا انه عجز عن التقرب بذبح الولد تحقيقاً فــلم يكن ذلك مرادا من النذر وهو قادر على ذبحــه تقديرا بذبح الخلف وهو ذبح الشاة فكان هــذا نذراً بذبح الولد تقديراً بذبح ما هو خلف عنه حقيقة كالشيخ الفانى اذا نذر بالصوم وانمــا لا يصح بلفظ القتل لان التعيين بالنذر وقع للواجب على سيــدنا ابراهيم عليــه الصلاة والسلام والواجب هناك بالايجاب المضاف الى ذبح الولد بقوله تعالى عز شأنه إنى أرى فى المنام أنى أذبحك على ان هذا حكم ثبت استحسانا بالشرع والشرع انمــا ورد بلفظ الذبح لا بلفظ القتل ولا يستقيم القياس لان لفظ القتــل لا يستعمل فى تفويت الحياة على سبيل القربة والذبح يستعمل فى ذلك ألا ترى أنه لو نذر بقتل شاة لا يلزمه ولو نذر بذبحهــا لزمه ولو نذر بنحر نفسه لم يذكر فى ظاهر الروايات وذكر فى نوادر هشام أنه على الاختلاف الذى ذكرنا ولو نذر بنحر ولد ولده ذكر فى شرح الآثار أنه على الاختلاف ولو نذر بنحر والديه أو جده أو جدته يصح نذره عند أبى حنيفة رحمه الله وعند الباقين لا يصح ولو نذر بذبح عبده عنــد محمد رحمه الله يصح وعند الباقين لا يصح وانما اختلف أبو حنيفة ومحمد فيما بينهما مع اتفاقهما فى الولد لاختلافهما فى المعنى فى الولد فالمعنى فى الولد عنــد أبى حنيفة رحمــه الله هو أنه نذر بالتقرب الى الله تعالى بذبح ما هو أعز الاشياء عنده وهذا المعنى يوجد فى الوالدين ولا يوجد فى العبد وعند محمد رحمه الله المعنى فى الولد ان النذر بذبحه تقرب الى الله تعالى بما هو من مكاسبه والولد فى معنى المملوك له شرعا قال النبى عليه الصلاة والسلام ان أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه فعدى الحكم الى المملوك حقيقة وهو العبد والى النفس وولد ولده لكونهما فى معنى المملوك له ولم يعد الى الوالدين لانعدام هذا المعنى وعلى هذا القياس ينبغى أن يصح نذر الجد بذبح الحافد وعند محمد لا يصح واذا أوجب على نفسه الهدى فهو بالخيار بين الاشياء الثلاثة ان شاء أهدى شاة وان شاء بقرة وان شاء ابلا وأفضلها أعظمها لان اسم الهدى يقع على كل واحد منهم ولو أوجب على نفسه بدنة فهو بالخيار بين شيئين الابل والبقر والابل أفضل لان اسم البــدانة يقع على كل واحــد منهما ولو أوجب جزوراً فعليه الابل خاصة لان اسم الجزور يقع عليه خاصة ولا يجوز فيهما الا ما يجوز فى الاضاحى وهو الثنى من الابل والبقر والجذع من

الضأن اذا كان ضخما ولايجوز ذبح الهدى الذى أوجب الا فى الحرم لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ولم يرد به نفس البيت بل البقعة التى هو فيها وهى الحرم لان الدم لا يراق فى البيت والمراد من قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق نفس البيت لانه هنالك ذكر الطواف بالبيت وههنا اضافه الى البيت لذلك افترقا ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان الهدايا ومكان الهدايا هو الحرم ولا يحل له الانتفاع بها ولا بشئ منها الا فى حال الضرورة فان اضطر الى ركوبها ركبها ويضمن ما نقص ركوبه عليها وهذه من مسائل المناسك ولو أوجب على نفسه أن يهدى مالا بعينه فان كان مما لا يحتمل الذبح يلزمه أن يتصدق به أو بقيمته على فقراء مكة وان كان مما يذبح ذبحه فى الحرم وتصدق بلحمه على فقراء مكة ولو تصدق به على فقراء الكوفة جاز كذا ذكر فى الاصل ولو أوجب بدنة فذبحها فى الحرم وتصدق على الفقراء جاز بالاجماع ولو ذبح فى غير الحرم وتصدق باللحم على الفقراء جاز عن نذره فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله لا يجوز ولو أوجب جزورا فله أن ينحره فى الحل والحرم ويتصدق بلحمه وهذه من مسائل الحج ولو قال ما أملك هدى أو قال ما أملك صدقة يمسك بعض ماله ويمضى الباقى لانه أضاف الهدى والصدقة الى جميع ما يملكه فيتناول كل جنس من جنس أمواله ويتناول القليل والكثير الا أنه يمسك بعضه لانه لو تصدق بالكل لاحتاج الى ان يتصدق عليه فيتضرر بذلك وقد قال عليه الصلاة والسلام ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فكان له أن يمسك مقدار ما يعلم أنه يكفيه الى ان يكتسب فاذا اكتسب مالا تصدق بمثله لانه انتفع به مع كونه واجب الاخراج عن ملكه لجهة الصدقة فكان عليه عوضه كمن أنفق ماله بعد وجوب الزكاة عليه ولو قال مالى صدقة فهذا على الاموال التى فيها الزكاة من الذهب والفضة وعروض التجارة والسوائم ولا يدخل فيه ما لا زكاة فيه فلا يلزم ان يتصدق بدور السكنى وثياب البدن والاثاث والعروض التى لا يقصد بها التجارة والعوامل وأرض الخراج لانه لا زكاة فيها ولا فرق بين مقدار النصاب وما دونه لانه مال الزكاة ألا ترى أنه اذا انضم اليه غيره تجب فيه الزكاة ويعتبر فيه الجنس لا القدر ولهذا قالوا اذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط أنه يلزمه أن يتصدق به لانه جنس مال تجب فيه الزكاة وان لم تكن واجبة فان قضى دينه به لزمه التصدق بمثله لما ذكرنا فيما تقدم وهذا الذى ذكرنا استحسان والقياس أن يدخل فيه جميع الاموال كما فى فصل الملك لان المال اسم لما يتمول كما ان الملك اسم لما يملك فيتناول جميع الاموال كالملك (وجه) الاستحسان ان النذر يعتبر بالامر لان الوجوب فى الكل بايجاب الله جل شأنه وانما وجد من العبد مباشرة السبب الدال على ايجاب الله تعالى ثم الايجاب المضاف الى المال من الله تعالى فى الامر وهو الزكاة فى قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عز شأنه وفى أموالهم حق معلوم ونحو ذلك تعلق بنوع دون نوع فكذا فى النذر وقد قال أبو يوسف رحمه الله قياس قول أبى حنيفة عليه الرحمة اذا حلف لا يملك مالا ولا نية له وليس له مال تجب فيه الزكاة يحنث لان اطلاق اسم المال لا يتناول ذلك وقال أبو يوسف ولا أحفظ عن أبى حنيفة اذا نوى بهذا النذر جميع ما يملك داره تدخل فى نذره لان اللفظ يحتمله وفيه تشديد على نفسه وقال أبو يوسف ويجب عليه أن يتصدق بما دون النصاب ولا أحفظه عن أبى حنيفة رحمه الله والوجه ما ذكرنا واذا كانت له ثمرة عشرية أو غلة عشرية تصدق بها فى قولهم لان هذا مما يتعلق به حق الله تعالى وهو العشر وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا تدخل الارض فى النذر وقال أبو يوسف يتصدق بها لابى يوسف انها من جملة الاموال النامية التى يتعلق حق الله تعالى بها فتدخل فى النذر ولابى حنيفة رضى الله عنه ان حق الله تعالى لا يتعلق بها وانما يتعلق بالخارج منها فلا تدخل قال بشر عن أبى يوسف اذا جعل الرجل على نفسه أن يطعم عشرة مساكين ولم يسم فعليه ذلك فان أطعم خمسة لم يجزه لان النذر يعتبر باصل الايجاب ومعلوم ان ما أوجبه ينبغى أن يكون لعدد من المساكين لا يجوز دفعه الى بعضهم الا على التفريق فى الايام فكذا النذر ولو قال لله على أن أتصدق بهذه الدراهم على المساكين فتصدق بها على واحد أجزأه لانه يجوز دفع الزكاة الى مسكين واحد وان كان المذكور فيها جميع المساكين لقول الله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين كذلك النذر ولو قال لله على أن أطعم هذا المسكين هذا

الطعام

الطعام بعينه فأعطى ذلك الطعام غيره أجزأه لان الصدقة المتعلقة بمال متعين لا يتعين فيها المسكين لانه لما عين المال صار هو المقصود فلا يعتبر تعيين الفقير والافضل أن يعطى الذى عينه ولو قال لله على أن أطعم هذا المسكين شيأ سماه ولم يعينه فلا بد أن يعطيه الذى سماه لانه اذا لم يعين المنذور صار تعيين الفقير مقصودا فلا يجوز أن يعطى غيره ولو قال لله على اطعام عشرة مساكين وهو لا ينوى أن يطعم عشرة مساكين انما نوى أن يطعم واحدا ما يكفى عشرة أجزأه لان الطعام اسم للمقدار فكانه أوجب مقدار ما يطعم عشرة فيجوز أن يطعم بعضهم ولو قال لله على أن أتصدق بهذه الدراهم يوم يقدم فلان ثم قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وقدم فلان أجزأه ان يتصدق بتلك الدراهم عنهما جميعا ولا يلزمه غير ذلك وكذلك الصيام اذا سمى يوما بعينه لانه علق وجوب شئ واحد بشرطين لكل واحد منهما بحياله فان وجد الشرطان معا وجبت بالايجابين جميعا لان اجتماع سببين على حكم واحد جائز فان وجدا على التعاقب وجب بالاول ولا يتعلق بالثانى حكم نظيره اذا قال لعبده ان دخل زيد هذه الدار فأنت حر ثم قال ان دخلها عمرو فأنت حر فان دخلا معا عتق العبد بالايجابين وان دخلا على التعاقب عتق بالاول ولا يتعلق بالثانى حكم كذا هذا ولو قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها لانه أوجب على نفسه التصدق بها فيجب عليه ذلك فان أعطى ذلك من كفارة يمينه أو من زكاة ماله فعليه لنذره مثل ما أعطى لانه لما أعطى تعين للاخراج بجهة النذر ولم يتعين للاخراج بجهة الزكاة فاذا أخرجه بحق لم يتعين فيه صار مستهلكا له فيضمن مثله كما لو أنفقه بخلاف الفصل الاول لان مثال الواجب تعين لكل واحد عن النذرين فجاز عنهما ولو قال ان قدم فلان فلله على أن أصوم يوم الخميس ثم صام يوم الخميس عن قضاء رمضان أو كفارة يمين أو تطوعا فقدم فلان يومئذ بعد ارتفاع النهار فعليه يوم مكانه لقدوم فلان لانه وجب عليه صوم ذلك اليوم عن جهة النذر لوجود شرط وجوبه وهو قدوم فلان فيه فاذا صام عن غيره فقد منع وقوعه عن النذر فصار كانه قدم بعد ما أكل فيلزمه صوم يوم آخر مكانه لقدوم فلان ولو كان أراد بهذا القول اليمين لم يحنث فى يمينه لوجود شرط البر وهو صوم اليوم الذى حلف على صومه وجهات الصوم لم تتناولها اليمين ولو كان قدم فلان بعد الظهر لم يكن عليه قضاؤه لانه لما قدم بعد الظهر لم يجب الصوم عن النذر كما لو أنشأ النذر بعد الزوال فقال لله على أن أصوم هذا اليوم فلا يجب قضاؤه وان قدم فلان قبل الزوال فى يوم قد أكل فيه فعليه أن يقضى لان القدوم حصل فى زمان يصح ابتداء النذر فيه وانما امتنع الصوم لوجود المنافى له وهو الاكل فلا يمنع صحة النذر كما لو أوجب ثم أكل ولو قال لله على أن أصوم الشهر الذى يقدم فيه فلان فقدم فى رمضان فصامه فى رمضان أجزأ عن رمضان ولا يلزمه صوم آخر بالنذر لان شهر رمضان فى حال الصحة والاقامة يتعين لصومه لا يحتمل غيره فلم يتعلق بهذا النذر حكم ولا كفارة عليه ان كان أراد به اليمين لتحقق البر وهو الصوم واليمين انعقدت على الصوم دون غيره وقد صام ولو قال لله على أن أصوم اليوم الذى يقدم فيه فلان شكر الله تطوعا لقدومه ونوى به اليمين فصامه عن كفارة يمين ثم قدم فلان ذلك اليوم عند ارتفاع النهار فعليه قضاؤه والكفارة (اما) القضاء فلانه نذر أن يصوم ذلك اليوم للقدوم وذلك اليوم غير متعين لصوم الكفارة فاذا صام عن جهة يتعين الوقت لها لزمه القضاء (وأما) الكفارة فلانه لم يحلف على مطلق الصوم بل على أن يصوم عن القدوم فاذا صام عن غيره لم يوجد البر فيحنث ولو كان فى رمضان فلا قضاء عليه وعليه الكفارة (اما) عدم وجوب القضاء فلان زمان رمضان يتعين لصوم رمضان فلا يصح ايجاب الصوم فيه لغيره (واما) وجوب الكفارة فيه فلانه لم يصم لما حلف عليه فلم يوجد البر وان صامه ينوى الشكر على قدوم فلان ولا ينوى رمضان بر فى يمينه وأجزأه عن رمضان (اما) الجواز عن رمضان فلان صوم رمضان لا يعتبر فيه تعيين النية لكون الزمان متعينا له فوقع عنه (وأما) بره فى يمينه فلانه حلف على الصوم بجهة وقد قصد تلك الجهة الا انه وقع عن غيره حكما من غير قصد ولو قال لله على أن أصوم هذا اليوم شهرا فانه يصوم ذلك اليوم حتى يستكمل منه ثلاثين يوما فانه تعذر حمله على ظاهره اذ اليوم الواحد لا يوجد شهرا لانه اذا مضى لا يعود ثانيا فيحمل على التزام صوم اليوم المسمى

بذلك اليوم الذي هو فيه من الاثنين أو الخميس كلما تجدد الى ان يستكمل شهر ثلاثين يوما حملا للكلام على وجه الصحة ولو قال لله على أن أصوم هذا الشهر يوما نظر الى ذلك الشهر انه رجب أو شعبان أو غيره و يصير كأنه قال لله على أن أصوم رجب أو شعبان فى وقت من الاوقات اذ الشهر لا يوجد فى يوم واحد فلا يمكن حمله على ظاهره وقد قصد تصحيح نذره فيحمل على وجه يصح وهو حمل اليوم على الوقت وقد يذكر اليوم و يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى وتلك الايام نداولها بين الناس وقال تعالى ومن يولهم يومئذ دبره و يقال فى العرف يوماً لنا و يوماً علينا على ارادة مطلق الوقت ولو قال لله على أن أصوم هذا اليوم غداً فعليه أن يصوم اليوم الذى قال فيه هذا القول ان قال ذلك قبل الزوال وقبل أن يتناول ما ينقض صومه و يبطل قوله غداً لانه ركب اسما على اسم لا بحرف النسق فبطل التركيب لانه يكون ايجاب صوم هذا اليوم غداً وهذا اليوم لا يوجد فى غد فلا يكون الغد ظرفاً له بطل قوله غداً و بقى قوله لله على أن أصوم هذا اليوم فينظر فى ذلك اليوم فان كان قابلا للايجاب صح والا بطل بخلاف الفصل الاول لان اليوم قد يعتد به عن مطلق الوقت (وأما) الغد فلا يصلح عبارة عن مطلق الوقت ولا يعبر به الا عن عين الغد ولو قال لله على أن أصوم غداً اليوم فعليه أن يصوم غداً وقوله اليوم حشو من كلامه لانه أوجب على نفسه صوم الغد وذلك صحيح ولم يصح قوله اليوم لانه ركبه على الغد لا بحرف النسق فبطل لان صوم غد لا يتصور وجوده فى اليوم فلغى قوله اليوم و بقى قوله لله على أن أصوم غداً ولو قال لله على صوم أمس غداً لم يلزمه شىء لان أمس لا يمكن أن يصام فيه لانه لا يعود ثانيا فبطل الالتزام فيه فلا يلزمه بقوله غداً لانه لم يوجب صوم غد وانما جعل الغد ظرفاً للامس وانه لا يصلح ظرفاً له فلغت تسمية الغد أيضاً والاصل فى هذا النوع ان اللفظ الثانى يبطل فى الاحوال كلها لما ذكرنا واذا بطل هذا ينظر الى اللفظ الاول فان صلح صح النذر به والا بطل ولو قال لله على صوم كذا كذا يوما ولا نية له فعليه صوم أحد عشر يوما لانه جمع بين عددين مفردين مجملين لا بحرف النسق فانصرف الى أقل عددين مفردين يجمع بينهما لا بحرف النسق وذلك أحد عشر لان الاقل متيقن به والزيادة مشكوك فيها وان نوى شيئاً فهو على ما نوى يوما كان أو أكثر لان حمل هذا اللفظ على التكرار جائز فى اللغة يقال صوم يوم يوم و يراد به تكرار يوم واذا جاز هذا فقد نوى ما يحتمله كلامه فعملت نيته ولو قال لله على صوم كذا وكذا يوماً فعليه صوم أحد وعشرين يوماً ان لم يكن له نية لانه جمع بين عددين مفردين على الاكمال بحرف النسق فحمل على أقل ذلك وأقله أحد وعشرون يوماً وان كانت له نية فهو على ما نوى واحداً أو أكثر لان هذا مما يحتمل التكرار يقال صوم يوم يوم و يراد به تكرار يوم واحد ولو قال لله على صوم بضعة عشر يوماً ولا نية له كان عليه صوم ثلاثة عشر يوماً لان البضع عند العرب عبارة عن ثلاثة فما فوقها الى تمام العقد وهو عشرة وعشرون وثلاثون وأربعون ونحو ذلك فاذا لم يكن له نية صرف الى أقله وذلك ثلاثة عشر اذ الاقل متيقن ولو قال لله على صوم سنين فهو على ثلاث سنين لان الثلاث مستحقة هذا الاسم بيقين ولو قال السنين فهو على عشر سنين فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما على الابد ولو قال على صوم الشهور فهو على عشرة أشهر عند أبى حنيفة رحمه الله اذا لم يكن له نية وعندهما على اثنى عشر شهرا ولو قال صوم شهور فهو على ثلاثة أشهر بلا خلاف وكذا هذا فى الايام وأياماً منكرا ومعرفاً وعندهما المعرف يقع على الايام السبعة وقد ذكرناه فى كتاب الايمان ولو قال لله على صوم جمع هذا الشهر فعليه صوم كل يوم جمعة فى ذلك الشهر اذا لم يكن له نية لان هذا اللفظ يراد به فى ظاهر العادة عين يوم الجمعة ولو قال لله على صوم أيام الجمعة فعليه صوم سبعة أيام لان أيام الجمعة سبعة فى تعارف الناس ولو قال لله على صوم جمعة فان كانت له نية فهو على ما نوى ان نوى عين يوم الجمعة أو نوى أيامها لان ظاهر لفظه يحتمل كلاهما وان لم يكن له نية فهو على أيامها لانه يراد به فى أغلب العادات أيامها والله عز شأنه أعلم ولو نذر بقربة مقصودة من صلاة أو صوم فقال رجل آخر على مثل ذلك يلزمه وكذا اذا قال على المشى الى بيت الله عز شأنه وكل مملوك لى حر وكل امرأة لى طالق اذا دخلت الدار فقال رجل آخر على مثل ذلك ان دخلت الدار ثم

دخـل الثانى الدار فانه يلزمه المشى ولا يلزمه العتاق والطلاق ثم قال ألا ترى انه لو قال على طلاق امرأتى فان الطلاق لا يقع عليها وهـذا يدل على ان من قال الطلاق على واجب انه لا يقع طلاقه قال القـدورى رحمه الله وكان أصحابنا بالعراق يقولون فيمن قال الطلاق لى لازم يقع الطلاق لعرف الناس أنهم يريدون به الطلاق وكان محمد بن سلمة يقول ان الطلاق يقع بكل حال وحـكى الفقيه أبو جعـفر الهندوانى عن على بن أحمد بن نصير بن يحيى عن محمـد بن مقاتل رحمهم الله انه قال المسئلة على الخلاف قال أبو حنيفة عليه الرحمة اذا قال الطلاق لى لازم أو على واجب لم يقع وقال محمد يقع فى قوله لازم ولا يقع فى قوله واجب وحـكى ابن سماعة فى نوادره عن أبى يوسف فى رجل قال ألزمت نفسى طلاق امرأتى هذه أو ألزمت نفسى عتق عبدى هذا قال ان نوى به الطلاق والعتاق فهو واقع والا لم يلزمه وكذلك لو قال ألزمت نفسى طلاق امرأتى هذه ان دخلت الدار أو عتق عبدى هذا فدخل الدار وقع الطلاق والعتاق ان نوى ذلك وان لم ينو فليس بشئ جعـله بمنزلة كنايات الطلاق وجـه قول محمد عليه الرحمة ان الوقوع للعادة والعادة فى اللزوم لانهـم يذكرونه على ارادة الايقاع ولا عادة فى الايجاب فلا يقع به شئ ولابى يوسف رحمه الله ان الظاهر الالزام والايجاب للنذر ويحتمل أن يراد به التزام حكم الطلاق الواقع فيقف على النية كسائر كنايات الطلاق ولابى حنيفة رحمه الله ان الطلاق لا يحتمل الايجاب والالزام لانه ليس بقربة فبطل وروى ابن سماعـة عن أبى يوسف اذا قال رجل امرأة زيد طالق ثلاثا ورقيقه أحرار وعليه المشى الى بيت الله جل شأنه ان دخل هذه الدار فقال زيد نعم كان كانه قد حلف بذلك كله لان نعم جواب لا يستقل بنفسه فيتضمن اضمار ما خرج جوابا له كما فى قوله عز شأنه فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم تقديره نعم وجدنا ما وعدنا ربنا حقا وكالشهود اذا قرأوا على المشهود عليه كتاب الوثيقـة فقالوا نشهد عليك بما فيه فقال نعم ان لهم أن يشهدوا لان تقديره نعم اشهدوا على بما فى الـكتاب ولو لم يكن قال نعم ولـكنه قال أجزت ذلك فهـذا لم يحلف على شئ لان قوله أجزت ليس بايجاب والتزام فلا يلزمه شئ فان قال قد أجزت ذلك على ان دخلت الدار اوقال قد ألزمت نفسى ذلك ان دخلت الدار كان لازما له لانه التزم ما قاله فلزمه ولو ان رجـلا قال امرأة زيد طالق فقال زيد قد أجزت لزمه الطلاق وكذلك لو قال قد رضيت ما قال أو ألزمتـه نفسى لان هذا ليس بيمين بل هو ايقاع فيقف على الاجازة فأما اليمين فيحتاج الى الالتزام ليجوز على الحالف وينفذ عليه فلا بد من لفظ الالتزام ولو ان رجلا قال ان بعت هذا المملوك من زيد فهو حر فقال زيد قد أجزت ذلك أو رضيت ذلك ثم اشتراه لم يعتق لان الحالف أعتق عبده بشرط فوجد الشرط فى غـير ملـكه فلم يحنث ولا يتعلق بالاجازة حكم لان البائع لم يوقت اليمين وانما حلف فى ملك نفسـه ولو كان البائع قال ان اشترى زيد هذا العبد فهو حر فقال نعم ثم اشتراه عتق عليه لان البائع لم يعقد اليمين فى ملك نفسـه وانما أضافها الى ملك المشترى فصار عاقد اليمين موقوفة وقد أجازها من وقفت عليه فتعلق الحكم بها وقال ابن سماعة عن أبى يوسف لو ان رجلا طلق امرأته فقال آخر على مثل ذلك فان هذا لا يلزم الثانى وكذلك لو قال على مثل هذا الطلاق لان قوله على مثل ذلك ايجاب الطلاق على نفسه والطلاق لا يحتمل الايجاب ولو حلف رجل بطلاق امرأته لا يدخـل هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلتها فان دخلها الثانى لم يلزمه طلاق امرأته لانه أوجب على نفسه الطلاق ان دخل الدار والطلاق لا يحتمل الايجاب والالزام لانه ليس بقربة فان أراد بهذا الايجاب اليمين فليست بطلاق حتى تطلق فان لم يفعل حتى مات أحدهما حنث لان النذر اذا أريد به اليمين صار كأنه قال لاطلقنها ولو قال ذلك لا يحنث حتى يموت أحدهما كذا هذا ولو قال عبدى هذا حر ان دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت هـذه الدار فدخـل الثانى لم يعتق عبده لانه أوجب على نفسه بدخول الدار عتقا غير معين فـكان له أن يخرج منـه بشراء عبد يعتقه فلا يتعلق العتق بعبيده الموجودين لا محالة واذا لم يتعلق بهم لا يلزمه عتق فى ذمته لانه لو لزمه لم يكن ذلك مثل ما فعله الحـالف ولو ان رجلا قال لله على نسمة ان دخلت هذه الدار فقال آخر على مثل ذلك ان دخلت فهذا لازم للاول ولازم للثانى أيهما دخل لزمه نسمة لان الاول أوجب

عتقاً فى ذمته وذلك مما يجب بالنذر واذا أوجب آخر مثله وجب عليه بخلاف الفصل الاول لان ثمة ما أوجب العتق بل علق فلا يكون على الثانى ايجاب لانه ليس بمثل ولو قال كل مالى هدى وقال آخر وعلى مثل ذلك فعليه أن يهدى جميع ماله سواء كان أقل من مال الاول أو أكثر الا أن يعنى مثل قدره فيلزمه مثل ذلك ان كان مال الثانى أكثر وان كان مال الثانى أقل يلزمه فى ذمته تمام مال الاول لان مطلق الايجاب يضاف الى هدى جميع ماله كما أوجب الاول فاذا أراد القدر فقد نوى ما يحتمله الكلام فيحمل عليه فان قال رجل كل مال أملك الى سنة فهو هدى فقال آخر على مثل ذلك لم يلزمه شئ لان الثانى لم يضف الهدى الى الملك فلا تثبت الاضافة بالاضمار والله عز شأنه أعلم (ومنها) أن يكون المنذور به اذا كان مالا مملوك الناذر وقت النذر أو كان النذر مضافا الى الملك أو الى سبب الملك حتى لو نذر بهدى مالا يملكه أو بصدقة مالا يملكه للحال لا يصح لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم الا اذا أضاف الى الملك أو الى سبب الملك بأن قال كل مال أملكه فيما استقبل فهو هدى أو قال فهو صدقة أو قال كلما اشتريته أو أرثه فيصح عند أصحابنا خلافا للشافعى رحمه الله والصحيح قولنا لقوله عز وجل ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين الى قوله تعالى فأعقبهم نفاقا فى قلوبهم الى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون دلت الآية الشريفة على صحة النذر المضاف لان الناذر بنذره عاهد الله تعالى الوفاء بنذره وقد لزمه الوفاء بما عهد والمؤاخذة على ترك الوفاء به ولا يكون ذلك الا فى النذر الصحيح (ومنها) أن لا يكون مفروضاً ولا واجباً فلا يصح النذر بشئ من الفرائض سواء كان فرض عين كالصلوات الخمس وصوم رمضان أو فرض كفاية كالجهاد وصلاة الجنازة ولا بشئ من الواجبات سواء كان عيناً كالوتر وصدقة الفطر والعمرة والاضحية أو على سبيل الكفاية كتجهيز الموتى وغسلهم ورد السلام ونحو ذلك لان ايجاب الواجب لا يتصور (وأما) الذى يرجع الى نفس الركن فخلوه عن الاستثناء فان دخله أبطله

﴿ فصل ﴾ (وأما) حكم النذر فالكلام فيه فى مواضع الاول فى بيان أصل الحكم والثانى فى بيان وقت ثبوته والثالث فى بيان كيفية ثبوته أما أصل الحكم فالناذر لا يخلو من أن يكون نذر وسمى أو نذر ولم يسم فان نذر وسمى فحكمه وجوب الوفاء بما سمى بالكتاب العزيز والسنة والاجماع والمعقول (أما) الكتاب الكريم فقوله عز شأنه وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسؤلا وقوله سبحانه وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم والنذر نوع عهد من الناذر مع الله جل وعلا فيلزمه الوفاء بما عهد وقوله جلت عظمته وأوفوا بالعقود أى العهود وقوله عز شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن الى قوله تعالى بما أخلفوا الله ما وعدوه ألزم الوفاء بعهده حيث أوعد على ترك الوفاء (وأما) السنة فقول النبى عليه الصلاة والسلام من نذر أن يطيع الله تعالى فليطعه وقوله عليه الصلاة والسلام من نذر وسمى فعليه الوفاء بما سمى وعلى كلمة ايجاب وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والناذر شرط الوفاء بما نذر فيلزمه مراعاة شرطه وعليه اجماع الامة (وأما) المعقول فهو أن المسلم يحتاج الى أن يتقرب الى الله سبحانه وتعالى بنوع من القرب المقصودة التى له رخصة تركها لما يتعلق به من العاقبة الحميدة وهى نيل الدرجات العلى والسعادة العظمى فى دار الكرامة وطبعه لا يطاوعه على تحصيله بل يمنعه عنه لما فيه من المضرة الحاضرة وهى المشقة ولا ضرورة فى الترك فيحتاج الى اكتساب سبب يخرجه عن رخصة الترك ويلحقه بالفرائض الموظفة وذلك يحصل بالنذر لان الوجوب يحمله على التحصيل خوفا من مضرة الترك فيحصل مقصوده فثبت أن حكم النذر الذى فيه تسمية هو وجوب الوفاء بما سمى وسواء كان النذر مطلقاً أو مقيداً معلقاً بشرط بأن قال ان فعلت كذا فعلى لله حج أو عمرة أو صوم أو صلاة أو ما أشبه ذلك من الطاعات حتى لو فعل ذلك يلزمه الذى جعله على نفسه ولم يجز عنه كفارة وهذا قول أصحابنا رضى الله عنهم وقال الشافعى رحمه الله أن علقه بشرط يريد كونه لا يخرج عنه بالكفارة كما اذا قال ان شفى الله مريضى أو إن قدم غائبى فعلى كذا وان علقه بشرط لا يريد كونه بأن قال ان كلمت فلانا أو قال ان دخلت الدار فلله على

كذا يخرج عنه بالكفارة وهو بالخيار ان شاء وفى بالنذر وان شاء كفر وأصحاب الشافعى رحمه الله يسمون هذا يمين الغصب وروى عامر عن على بن معبد عن محمد رحمهم الله أنه رجع عن ذلك وقال يجزى فيه كفارة اليمين وروى عبد الله بن المبارك وغيره عن أبى حنيفة رحمه الله أنه يجزيه كفارة اليمين وروى أن أبا حنيفة عليه الرحمة رجع الى الكفارة فى آخر عمره فانه روى عن عبد العزيز بن خالد أنه قال قرأت على أبى حنيفة رحمه الله كتاب الايمان فلما انتهيت الى هذه المسئلة قال قف فان من رأيى أن أرجع الى الكفارة قال فخرجت حاجاً فلما رجعت وجدت أبا حنيفة عليه الرحمة قد مات فأخبرنى الوليد بن أبان أن أبا حنيفة رجع عن الكفارة والمسئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم روى عن على وعبد الله بن عباس رضى الله عنهم ان عليه الوفاء بما سمى وعن سيدنا عمر وعبد الله بن سيدنا عمر وسيدتنا عائشة وسيدتنا حفصة رضى الله عنهم ان عليه الكفارة احتج من قال بوجوب الكفارة بقوله جلت عظمته ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان وقوله جل شأنه ذلك كفارة أيمانكم وهذا يمين لان اليمين بغير الله تعالى جل شأنه شرط وجزاء وهذا كذلك وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال النذر يمين وكفارته كفارة اليمين وهذا نص ولان هذا فى معنى اليمين بالله تعالى جل شأنه لان المقصد من اليمين بالله تعالى الامتناع من المحلوف عليه أو تحصيله خوفا من لزوم الحنث وهذا موجود ههنا لانه ان قال ان فعلت كذا فعلى حجة فقد قصد الامتناع من تحصيل الشرط وان قال ان لم أفعل كذا فعلى حجة فقد قصد تحصيل الشرط وكل ذلك خوفا من الحنث فكان فى معنى اليمين بالله تعالى فتلزمه الكفارة عند الحنث ( ولنا ) قوله جل شأنه ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله الآية وغيرها من نصوص الكتاب العزيز والسنة المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر عاماً مطلقاً من غير فصل بين المطلق والمعلق بالشرط والوفاء بالنذر هو فعل ما تناوله النذر لا الكفارة ولان الاصل اعتبار التصرف على الوجه الذى أوقعه المتصرف تنجيزاً كان أو تعليقاً بشرط والمتصرف أوقعه نذراً عليه عند وجود الشرط وهو ايجاب الطاعة المذكورة لا ايجاب الكفارة واحتج أبو يوسف رحمه الله فى ذلك وقال القول بوجوب الكفارة يؤدى الى وجوب القليل بايجاب الكثير ووجوب الكثير بايجاب القليل لانه لو قال ان فعلت كذا فعلى صوم سنة أو اطعام ألف مسكين لزمه صوم ثلاثة أيام أو اطعام عشرة مساكين ولو قال ان فعلت كذا فعلى صوم يوم أو اطعام مسكين لزمه اطعام عشرة مساكين أو صوم ثلاثة ولا حجة لهم بالآية الكريمة لان المراد بها اليمين بالله عز شأنه لان الله تعالى أثبت باليمين المعقودة ما نفاه بيمين اللغو بقوله تعالى جلت كبرياؤه لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان والمراد من النفى اليمين بالله تعالى كذا فى الاثبات والحديث محمول على النذر المبهم توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وأما قولهم ان هذا فى معنى اليمين بالله تعالى ممنوع بأن النذر المعلق بالشرط صريح فى الايجاب عند وجود الشرط واليمين بالله تعالى ليس بصحيح فى الايجاب وكذا الكفارة فى اليمين بالله تعالى تجب جبراً لهتك حرمة اسم الله عز اسمه الحاصل بالحنث وليس فى الحنث ههنا هتك حرمة اسم الله تعالى وانما فيه ايجاب الطاعة فلم يكن فى معنى اليمين بالله تعالى ثم الوفاء بالمنذور به نفسه حقيقة انما يجب عند الامكان فاما عند التعذر فانما يجب الوفاء به تقديرا بخلفه لان الخلف يقوم مقام الاصل كانه هو كالتراب حال عدم الماء والاشهر حال عدم الاقراء حتى لو نذر الشيخ الفانى بالصوم يصح نذره وتلزمه الفدية لانه عاجز عن الوفاء بالصوم حقيقة فيلزمه الوفاء به تقديراً بخلفه ويصير كانه صام وعلى هذا يخرج أيضاً النذر بذبح الولد أنه يصح عند أبى حنيفة عليه الرحمة ومحمد رحمه الله ويجب ذبح الشاة لانه ان عجز عن تحقيق القربة بذبح الولد حقيقة لم يعجز عن تحقيقها بذبحه تقديراً بذبح خلفه وهو الشاة كما فى الشيخ الفانى اذا نذر بالصوم ( وأما ) وجوب الكفارة عند فوات المنذور به اذا كان معيناً بأن نذر صوم شهر بعينه ثم أفطر فهل هو من حكم النذر فجملة الكلام فيه أن الناذر لا يخلو اما ان قال ذلك ونوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يميناً أو لم يخطر بباله شىء لا النذر ولا اليمين أو نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أو نوى اليمين ونوى أن لا يكون

نذراً أونوى النذر واليمين جميعاً فان لم يخطر بباله شئ لا النذر ولا اليمين أونوى النذر ولم يخطر بباله اليمين أونوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذراً بالاجماع وان نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذراً يكون يميناً ولا يكون نذراً بالاتفاق وان نوى اليمين ولم يخطر بباله النذر أونوى النذر واليمين جميعاً كان نذراً ويميناً في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون يميناً ولا يكون نذرا والاصل عند أبي يوسف لا يتصور أن يكون الكلام الواحد نذرا ويميناً بل اذا بقي نذراً لا يكون يميناً واذا صار يميناً لم يبق نذرا وعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله يجوز أن يكون الكلام الواحد نذراً ويميناً (وجه) قول أبي يوسف ان الصيغة للنذر حقيقة وتحتمل اليمين مجاز المناسبة بينهما بكون كل واحد منهما سبباً لوجوب الكف عن فعل أو الاقدام عليه فاذا بقيت الحقيقة معتبرة لم يثبت المجاز واذا انقلب مجازاً لم تبق الحقيقة لان الكلام الواحد لا يشتمل على الحقيقة والمجاز لما بينهما من التنافي إذ الحقيقة من الاسامي ما تقرر في المحل الذي وضع له والمجاز ما جاوز محل وضعه وانتقل عنه الى غيره لضرب مناسبة بينهما ولا يتصور أن يكون الشئ الواحد في زمان واحد متقررا في محله ومنتقلا عنه الى غيره (ولهما) أن النذر فيه معنى اليمين لان النذر وضع لايجاب الفعل مقصودا تعظيما لله تعالى وفي اليمين وجوب الفعل المحلوف عليه الا أن اليمين ما وضعت لذلك بل لتحقيق الوعد والوعيد ووجوب الفعل لضرورة تحقق الوعد والوعيد لا أنه يثبت مقصودا باليمين لانها ما وضعت لذلك واذا كان وجوب الفعل فيها لغيره لم يكن الفعل واجباً في نفسه ولهذا تنعقد اليمين في الافعال كلها واجبة كانت أو محظورة أو مباحة ولا ينعقد النذر الا فيما لله تعالى من جنسه ايجاب ولهذا لم يصح اقتداء الناذر بالناذر لتغاير الواجبين لان صلاة كل واحد منهما وجبت بنذره فتتغاير الواجبات ولم يصح الاقتداء ويصح اقتداء الحالف بالحالف لان المحلوف عليه اذا لم يكن واجباً في نفسه كان في نفسه نفلا كان اقتدى المتنفل بالمتنفل فصح واذا ثبت أن المنذور واجب في نفسه والمحلوف واجب لغيره فلا شك ان ما كان واجباً في حق نفسه كان في حق غيره واجباً فكان معنى اليمين وهو الوجوب لغيره موجودا في النذر فكان كل نذر فيه معنى اليمين الا أنه لا يعتبر لوقوع النسبة بوجوبه في حق نفسه عن وجوبه في حق غيره فاذا نواه فقد اعتبره فصار نذراً ويميناً وبه تبين أن ليس هذا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز في لفظ واحد لان المجاز ما جاوز محل الحقيقة الى غيره لنوع مناسبة بينهما وهذا ليس من هذا القبيل بل هو من جعل ما ليس بمعتبر في محل الحقيقة مع وجوده وتقرره معتبرا بالنسبة فلم يكن من باب المجاز والدليل على أنه يجوز اشتمال لفظ واحد على معنيين مختلفين كالكتابة والاعتاق على مال ان كل واحد منهما يشتمل على معنى اليمين ومعنى المعاوضة على ما ذكرنا في كتاب العتاق والمكاتب (وأما) النذر الذي لا تسمية فيه فحكمه وجوب ما نوى ان كان الناذر نوى شيئا سواء كان مطلقاً عن شرط أو معلقاً بشرط بأن قال لله على نذر او قال ان فعلت كذا فلله على نذر فان نوى صوما أو صلاة أو حجاً أو عمرة لزمه الوفاء به في المطلق للحال وفي المعلق بالشرط عند وجود الشرط ولا تجزيه الكفارة في قول أصحابنا على ما بينا وان لم تكن له نية فعليه كفارة اليمين غير انه ان كان مطلقاً يحنث للحال وان كان معلقاً بشرط يحنث عند الشرط لقوله عليه الصلاة والسلام النذر يمين وكفارته كفارة اليمين والمراد منه النذر المبهم الذي لا نية للناذر فيه وسواء كان الشرط الذي علق به هذا النذر مباحا أو معصية بأن قال ان صمت أو صليت فلله على نذر ويجب عليه أن يحنث نفسه ويكفر عن يمينه لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ولو نوى في النذر المبهم صياما ولم ينو عدداً فعليه صيام ثلاثة أيام في المطلق للحال وفي المعلق اذا وجد الشرط وان نوى طعاما ولم ينو عدداً فعليه طعام عشرة مساكين لكل مسكين نصف صاع من حنطة لانه لو لم يكن له نية لكان عليه كفارة اليمين لما ذكرنا ان النذر المبهم يمين وان كفارته كفارة يمين بالنص فلما نوى به الصيام انصرف الى صيام الكفارة وهو صيام ثلاثة أيام وانصرف الاطعام الى طعام الكفارة وهو اطعام عشرة مساكين ولو قال لله على صدقة فعليه نصف صاع ولو قال لله على صوم فعليه صوم يوم ولو قال لله على صلاة فعليه ركعتان لان ذلك أدنى ما ورد

الامر به والنذر يعتبر بالامر فاذا لم ينو شيئاً ينصرف الى أدنى ماورد به الامر فى الشرع (وأما) وقت ثبوت هذا الحكم فالنذر لا يخلو اما أن يكون مطلقا واما أن يكون معلقاً بشرط أومقيداً بمكان أومضافا الى وقت والمنذور لا يخلو اما ان كان قربة بدنية كالصوم والصلاة واما ان كان مالية كالصدقة فان كان النذر مطلقاً عن الشرط والمكان والزمان فوقت ثبوت حكمه وهو وجوب المنذور به هو وقت وجود النذر فيجب عليه فى الحال مطلقا عن الشرط والمكان والزمان لان سبب الوجوب وجد مطلقا فيثبت الوجوب مطلقاً وان كان معلقاً بشرط نحو أن يقول ان شفى الله مريضى أوان قدم فلان الغائب فلله على أن أصوم شهراً أو أصلى ركعتين أو أتصدق بدرهم ونحو ذلك فوقته وقت الشرط فمالم يوجد الشرط لا يجب بالاجماع ولو فعل ذلك قبل وجود الشرط يكون نفلا لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وهذا لان تعليق النذر بالشرط هو اثبات النذر بعد وجود الشرط كتعليق الحرية بالشرط اثبات الحرية بعد وجود الشرط فلا يجب قبل وجود الشرط لانعدام السبب قبله وهو النذر فلا يجوز تقديمه على الشرط لانه يكون اداء قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب فلا يجوز كما لا يجوز التكفير قبل الحنث لانه شرط أن يؤديه بعد وجود الشرط فيلزمه مراعاة شرطه لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم وان كان مقيداً بمكان بان قال لله على أن أصلى ركعتين فى موضع كذا أو أتصدق على فقراء بلد كذا يجوز أداؤه فى غير ذلك المكان عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله لا يجوز الا فى المكان المشروط (وجه) قوله أنه أوجب على نفسه الاداء فى مكان مخصوص فاذا أدى فى غيره لم يكن مؤدياً ما عليه فلا يخرج عن عهدة الواجب ولان ايجاب العبد يعتبر بايجاب الله تعالى وما أوجبه الله تعالى مقيداً بمكان لا يجوز أداؤه فى غيره كالنحر فى الحرم والوقوف بعرفة والطواف بالبيت والسعى بين الصفا والمروة كذا ما أوجبه العبد (ولنا) ان المقصود والمبتغى من النذر هو التقرب الى الله عز وجل فلا يدخل تحت نذره الا ماهو قربة وليس فى عين المكان وانما هو محل اداء القربة فيه فلم يكن بنفسه قربة فلا يدخل المكان تحت نذره فلا يتقيد به فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة وان كان مضافا الى وقت بان قال لله على أن أصوم رجب أو أصلى ركعتين يوم كذا أو أتصدق بدرهم فى يوم كذا فوقت الوجوب فى الصدقة هو وقت وجود النذر فى قولهم جميعاً حتى يجوز تقديمها على الوقت بلا خلاف بين أصحابنا واختلف فى الصوم والصلاة قال أبو يوسف وقت الوجوب فيهما وقت وجود النذر وعند محمد عليه الرحمة وقت مجىء الوقت حتى يجوز تقديمه على الوقت فى قول أبى يوسف ولا يجوز فى قول محمد رحمه الله (وجه) قول محمد ان النذر ايجاب ماشرع فى الوقت نفلا ألا ترى ان النذر بما ليس بمشروع نفلا وفى وقت لا يتصور كصوم الليل وغيره لا يصح والناذر أوجب على نفسه الصوم فى وقت مخصوص فلا يجب عليه قبل مجيئه بخلاف الصدقة لانها عبادة مالية لا تعلق لها بالوقت بل بالمال فكان ذكر الوقت فيه لغوا بخلاف العبادة البدنية (وجه) قول أبى يوسف ان الوجوب ثابت قبل الوقت المضاف اليه النذر فكان الاداء قبل الوقت المذكور اداء بعد الوجوب فيجوز والدليل على تحقق الوجوب قبل الوقت المعين وجهان أحدهما ان العبادات واجبة على الدوام بشرط الامكان وانتفاء الحرج بالنصوص والمعقول (أما) النصوص فقوله عز شأنه يا أيها الناس اعبدوا ربكم وافعلوا الخير وقوله تعالى اعبدوا الله ولا تشركوا به شيئاً ونحو ذلك (وأما) المعقول فهو ان العبادة ليست الا خدمة المولى وخدمة المولى على العبد مستحقة والتبرع من العبد على المولى محال والعبودية دائمة فكان وجوب العبادة عليه دائما ولان العبادات وجبت شكرا للنعمة والنعمة دائمة فيجب أن يكون شكرها دائما حسب دوام النعمة الا ان الشرع رخص للعبد تركها فى بعض الاوقات فاذا نذر فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فيعود حكم العزيمة كالمسافر اذا اختار صوم رمضان فصام سقط عنه الفرض لان الواجب عليه هو الصوم الا أنه رخص له تركه لعذر السفر فاذا صام فقد اختار العزيمة وترك الرخصة فعاد حكم العزيمة لهذا المعنى كان الشروع فى نفل العبادة اللزوم فى الحقيقة بما ذكرنا من الدلائل بالشروع الا أنه لما شرع فقد اختار العزيمة وترك الرخص فعاد حكم العزيمة كذا فى النذر والثانى أنه وجد سبب الوجوب للحال وهو

النذر وانما الاجل ترفيه يترفه به فى التأخير فاذا عجل فقد أحسن فى اسقاط الاجل فيجوز كما فى الاقامة فى حق المسافر لصوم رمضان وهذا لان الصيغة صيغة ايجاب أعنى قوله لله على أن أصوم والاصل فى كل لفظ موجود فى زمان اعتباره فيه فيما يقتضيه فى وضع اللغة ولا يجوز ابطاله ولا تغييره الى غير ماوضع له الا بدليل قاطع أو ضرورة داعية ومعلوم أنه لا ضرورة الى ابطال هذه الصيغة ولا الى تغييرها ولا دليل سوى ذكر الوقت وانه محتمل قد يذكر للوجوب فيه كما فى باب الصلاة وقد يذكر لصحة الاداء كما فى الحج والاضحية وقد يذكر للترفيه والتوسعة كما فى وقت الاقامة للمسافر والحول فى باب الزكاة فكان ذكر الوقت فى نفسه محتملا فلا يجوز ابطال صيغة الايجاب الموجودة للحال مع الاحتمال فبقيت الصيغة موجبة وذكر الوقت للترفيه والتوسعة كيلا يؤدى الى ابطال الثابت بيقين الى أمر محتمل و به تبين ان هذا ليس بايجاب صوم رجب عينا بل هو ايجاب صوم مقدر بالشهر أى شهر كان فكان ذكر رجب لتقرير الواجب لا للتعيين فاى شهر اتصل الاداء به تعين ذلك الشهر للوجوب فيه وان لم يتصل به الاداء الى رجب تعين رجب لوجوب الاداء فيه فكان تعيين كل شهر قبل رجب باتصال الاداء به وتعيين رجب بمجيئه قبل اتصال الاداء بشهر قبله كما فى باب الصلاة انها تجب فى جزء من الوقت غير عين وانما يتعين الوجوب بالشروع ان شرع فيها وان لم يشرع الى آخر الوقت تعين آخر الوقت للوجوب وهو الصحيح من الاقاويل على ما عرف فى أصول الفقه وكما فى النذر المطلق عن الوقت وسائر الواجبات المطلقة عن الوقت من قضاء رمضان والكفارة وغيرهما انها تجب فى مطلق الوقت فى غير عين وانما يتعين الوجوب اما باتصال الاداء به واما بآخر العمر اذا صار الى حال لو لم يؤد لفات بالموت (وأما) كيفية ثبوته فالنذر لا يخلو اما أن أضيف الى وقت مبهم واما أن أضيف الى وقت معين فان أضيف الى وقت مبهم بان قال لله على أن أصوم شهرا ولا نية له فحكمه هو حكم الامر المطلق عن الوقت واختلف اهل الاصول فى ذلك ان حكمه وجوب الفعل على الفور أم على التراخى حكى الكرخى رحمه الله عن أصحابنا أنه على الفور وروى ابن شجاع البلخى عن أصحابنا أنه يجب وجوبا موسعا فظهر الاختلاف بين أصحابنا فى الحج فعند أبى يوسف يجب على الفور وعند محمد على التراخى وروى عن أبى حنيفة عليه الرحمة مثل قول أبى يوسف وقال عامة مشايخنا بما وراء النهر انه على التراخى وتفسير الواجب على التراخى عندهم انه يجب فى جزء من عمره غير عين واليه خيار التعيين ففى أى وقت شرع فيه تعين ذلك الوقت للوجوب وان لم يشرع يتضيق الوجوب فى آخر عمره اذا بقى من آخر عمره قدر ما يمكنه الاداء فيه بغالب ظنه حتى لو مات قبل الاداء يأثم بتركه وهو الصحيح لان الامر بالفعل مطلق عن الوقت فلا يجوز تقييده الا بدليل فكذلك النذر لان النصوص المقتضية لوجوب الوفاء بالنذر مطلقة عن الوقت فلا يجوز تقييدها الا بدليل وكذا سبب الوجوب وهو النذر وجد مطلقا عن الوقت والحكم يثبت على وفق السبب فيجب عليه ان يصوم شهرا من عمره غير عين وخيار التعيين اليه الى ان يغلب على ظنه الفوت لو لم يصم فيضيق الوقت حينئذ وكذا حكم الاعتكاف المضاف الى وقت مبهم بان قال لله على ان أعتكف شهرا ولا نية له وهذا بخلاف اليمين بالكلام بأن قال والله لا أكلم فلانا شهرا انه يتعين الشهر الذى يلى اليمين وكذا الاجارة بأن آجر داره أو عبده شهرا فانه يتعين الشهر الذى يلى العقد لانه أضاف النذر الى شهر منكر والصرف الى الشهر الذى يلى النذر يعين المنكر ولا يجوز تعيين المنكر الا بدليل هو الاصل وقد قام دليل التعيين فى باب اليمين والاجارة لان غرض الحالف منع نفسه عن الكلام والانسان انما يمنع نفسه عن الكلام مع غيره لاهانته والاستخفاف به لداع يدعوه الى ذلك الحال والاجارة تنعقد للحاجة الى الانتفاع بالمستأجر والحاجة قائمة عقيب العقد فيتعين الزمان المتعقب للعقد لثبوت حكم الاجارة و يجوز تعيين المبهم عند قيام الدليل المعين ولو نوى شهرا معينا صحت نيته لانه نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه ثم فى النذر المضاف الى وقت مبهم اذا عين شهراً للصوم فهو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق بخلاف الاعتكاف انه اذا عين شهرا للاعتكاف فلا بد وأن يعتكف متتابعاً فى النهار والليالى جميعاً لان الايجاب فى النوعين حصل مطلقا عن صفة التتابع الا أن فى

ذات

ذات الاعتكاف ما يوجب التتابع وهو كونه لبثاً على الدوام فكان مبناه على الاتصال والليالى والنهر قابلة لذلك فلا بد من التتابع ومبنى الصوم ليس على التتابع بل على التفريق لما بين كل يومين ما لا يصلح له وهو الليل فبقى له الخيار وان أضيف الى وقت معين بأن قال لله على أن أصوم غداً يجب عليه صوم الغد وجوباً مضيقاً ليس له رخصة التأخير من غير عذر وكذا اذا قال لله على صوم رجب فلم يصم فيما سبق من الشهور على رجب حتى هجم رجب لا يجوز له التأخير من غير عذر لانه اذا لم يصم قبله حتى جاء رجب تعين رجب لوجوب الصوم فيه على التضييق فلا يباح له التأخير ولو صام رجب وأفطر منه يوماً لا يلزمه الاستقبال ولكنه يقضى ذلك اليوم من شهر آخر بخلاف ما اذا قال لله على أن أصوم شهراً متتابعاً أو قال أصوم شهراً ونوى التتابع فأفطر يوماً انه يستقبل لان هناك أوجب على نفسه صوماً موصوفاً بصفة التتابع وصح الايجاب لان صفة التتابع زيادة قربة لما يلحقه بمراعاتها من زيادة مشقة وهى صفة معتبرة شرعاً ورد الشرع بها فى كفارة القتل والظهار والافطار واليمين عندنا فيصح التزامه بالنذر فيلزمه كما التزم فاذا ترك فلم يأت بالملتزم فيستقبل كما فى صوم كفارة الظهار والقتل فأما ههنا فما أوجب على نفسه صوماً متتابعاً وانما وجب عليه التتابع لضرورة تجاور الايام لان أيام الشهر متجاورة فكانت متتابعة فلا يلزمه الا قضاء ما أفطر كما لو أفطر يوماً من رمضان لا يلزمه الا قضاؤه وان كان صوم شهر رمضان متتابعاً لما قلنا كذا هذا ولاننا لو ألزمناه الاستقبال لوقع أكثر الصوم فى غير ما أضيف اليه النذر ولو أتم وقضى يوماً لكان مؤدياً أكثر الصوم فى الوقت المعين فكان هذا أولى ولو أفطر رجب كله قضى فى شهر آخر لانه فوت الواجب عن وقته فصار ديناً عليه والدين مقضى على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا وجب قضاء رمضان اذا فات عن وقته ولأن الوجوب عند النذر بايجاب الله عز شأنه فيعتبر بالايجاب المبتدأ وما أوجبه الله تعالى عز شأنه على عباده ابتداء لا يسقط عنه الا بالاداء أو بالقضاء كذا هذا والله تعالى عز شأنه أعلم

## كتاب الكفارات

الكلام فى الكفارات فى مواضع فى بيان أنواعها وفى بيان وجوب كل نوع وفى بيان كيفية وجوبه وفى بيان شرط وجوبه وفى بيان شرط جوازه (أما) الاول فالكفارات المعهودة فى الشرع خمسة أنواع كفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار وكفارة الافطار والكل واجبة الا أن أربعة منها عرف وجوبها بالكتاب العزيز وواحدة منها عرف وجوبها بالسنة (أما) الاربعة التى عرف وجوبها بالكتاب العزيز فكفارة اليمين وكفارة الحلق وكفارة القتل وكفارة الظهار قال الله تعالى عز شأنه فى كفارة اليمين لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والكفارة فى عرف الشرع اسم للواجب وقال جل شأنه فى كفارة الحلق فمن كان منكم مريضاً أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك أى فعليه فدية من صيام أو صدقة أو نسك وقال تعالى فى كفارة القتل ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله أى فعليه تحرير رقبة مؤمنة وعليه ذلك وعليه صوم شهرين متتابعين لان صيغته وان كانت صيغة الخبر لكن لو حمل على الخبر لادى الى الخلف فى خبر من لا يحتمل خبره الخلف فيحمل على الايجاب والامر بصيغة الخبر كثير النظير فى القرآن قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن أى ليرضعن وقال عز شأنه والمطلقات يتربصن بأنفسهن أى ليتربصن ونحو ذلك وقال الله تعالى فى كفارة الظهار والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا الى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل

أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أى فعليهم ذلك لما قلنا (وأما) كفارة الافطار فلا ذكر لها فى الكتاب العزيز وانما عرف وجوبها بالسنة وهو ماروى أن اعرابيا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يارسول الله هلكت وأهلكت فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ماذا صنعت فقال واقعت امرأتى فى شهر رمضان متعمدا فقال النبى عليه الصلاة والسلام أعتق رقبة قال ليس عندى ما أعتق فقال له عليه الصلاة والسلام صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع فقال له عليه الصلاة والسلام اطعم ستين مسكينا فقال لا أجد ما أطعم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرق فيه خمسة عشر صاعا من تمر فقال خذها وفرقها على المساكين فقال أعلى أهل بيت أحوج منى والله ما بين لابتى المدينة أحد أحوج منى ومن عيالى فقال له النبى عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزى أحداً بعدك وفى بعض الروايات ان الاعرابى لما قال ذلك تبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه ثم قال عليه الصلاة والسلام كلها وأطعم عيالك تجزيك ولا تجزى أحداً بعدك فقد أمر عليه الصلاة والسلام بالاعتاق ثم بالصوم ثم بالاطعام ومطلق الامر محمول على الوجوب والله عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما بيان كيفية وجوب هذه الانواع فلوجوبها كيفيتان احداهما ان بعضها واجب على التعيين مطلقا و بعضها على التخيير مطلقا و بعضها على التخيير فى حال والتعيين فى حال (أما) الاول فكفارة القتل والظهار والافطار لان الواجب فى كفارة القتل التحرير على التعيين لقوله عز شأنه ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الى قوله جل شأنه فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين والواجب فى كفارة الظهار والافطار ماهو الواجب فى كفارة القتل وزيادة الاطعام اذا لم يستطع الصيام لقوله عز شأنه فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وكذا الواجب فى كفارة الافطار لما روينا من الحديث (وأما) الثانى فكفارة الحلق لقوله عز شأنه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وأما الثالث فهو كفارة اليمين لان الواجب فيها أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا غير عين وخيار التعيين الى الحالف يعين أحد الاشياء الثلاثة باختياره فعلا وهذا مذهب أهل السنة والجماعة فى الامر بأحد الاشياء انه يكون أمرا بواحد منها غير عين وللمأمور خيار التعيين وقالت المعتزلة يكون أمرا بالكل على سبيل البدل وهذا الاختلاف بناء على أصل مختلف بيننا وبينهم معروف يذكر فى أصول الفقه والصحيح قولنا لان كلمة أو اذا دخلت بين أفعال يراد بها واحد منها لا الكل فى الاخبار والايجاب جميعا يقال جاءنى زيد أو عمرو ويراد به مجىء أحدهما ويقول الرجل لآخر بع هذا أو هذا ويكون توكيلا ببيع أحدهما فالقول بوجوب الكل يكون عدولا عن مقتضى اللغة ولدلائل أخر عرفت فى أصول الفقه فان لم يجد شيأ من ذلك فعليه صيام ثلاثة أيام على التعيين لقوله عز شأنه فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم والثانية أن الكفارات كلها واجبة على التراخى هو الصحيح من مذهب أصحابنا فى الامر المطلق عن الوقت حتى لا يأثم بالتأخير عن أول أوقات الامكان ويكون مؤديا لا قاضيا ومعنى الوجوب على التراخى هو أن يجب فى جزء من عمره غير عين وانما يتعين بتعيينه فعلا أو فى آخر عمره بأن أخره الى وقت يغلب على ظنه انه لو لم يؤد فيه لفات فاذا أدى فقد أدى الواجب وان لم يؤد حتى مات أثم لتضييق الوجوب عليه فى آخر العمر وهل يؤخذ من تركته ينظر ان كان لم يوص لا يؤخذ ويسقط فى حق أحكام الدنيا عندنا كالزكاة والنذور ولو تبرع عنه ورثته جاز عنه فى الاطعام والكسوة وأطعموا فى كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم وفى كفارة الظهار والافطار أطعموا ستين مسكينا ولا يجبرون عليه ولا يجوز أن يعتقوا عنه لان التبرع بالاعتاق عن الغير لا يصح ولا أن يصوموا عنه لانه عبادة بدنية محضة فلا تجرى فيه النيابة وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلى أحد عن أحد وان كان أوصى بذلك يؤخذ من ثلث ماله فيطعم الوصى فى كفارة اليمين عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة لانه لما أوصى فقد بقى ملكه فى ثلث ماله وفى كفارة القتل والظهار والافطار تحرير رقبة ان بلغ ثلث ماله قيمة الرقبة وان لم يبلغ أطعم ستين مسكينا فى كفارة الظهار والافطار ولا يجب الصوم فيها وان أوصى لان الصوم نفسه لا يحتمل النيابة

ولا يجوز الفداء عنه بالطعام لانه فى نفسه بدل والبدل لا يكون له بدل ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمينه ثم مات فغدى الوصى عشرة ثم ماتوا يستأنف فيغدى و يعشى غيرهم لانه لا سبيل الى تفريق الغداء والعشاء على شخصين لما ذكر ولا يضمن الوصى شيأ لانه غير متعد اذ لا صنع له فى الموت ولو قال أطعموا عنى عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدوا عشرة ثم ماتوا يعشوا عشرة غيرهم لانه لم يأمر بذلك على وجه الكفارة ألا ترى انه لم يسم كفارة فكان سببه النذر فجاز التفريق والله تعالى عز شأنه أعلم

﴿فصل﴾ وأما شرائط وجوب كل نوع فكل ما هو شرط انعقاد سبب وجوب هذه الكفارة من اليمين والظهار والافطار والقتل فهو شرط وجوبها لان الشروط كلها شروط العلل عندنا وقد ذكرنا ذلك فى كتاب الايمان والظهار والصوم والجنايات ومن شرائط وجوبها القدرة على أداء الواجب وهذا شرط معقول لاستحالة وجوب فعل بدون القدرة عليه غير أن الواجب اذا كان معينا تشترط القدرة على أدائه عينا كما فى كفارة القتل والظهار والافطار فلا يجب التحرير فيها الا اذا كان واجدا للرقبة وهو أن يكون له فضل مال على كفايته يؤخذ به رقبة صالحة للتكفير فان لم يكن لا يجب عليه التحرير لقوله جل وعلا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين شرط سبحانه وتعالى عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم فلو لم يكن الوجود شرطا لوجوب التحرير وكان يجب عليه وجد أو لم يجد لم يكن لشرط عدم وجدان الرقبة لوجوب الصوم معنى فدل ان عدم الوجود شرط الوجوب فاذا كان فى ملكه رقبة صالحة للتكفير يجب عليه تحريرها سواء كان عليه دين أو لم يكن لانه واجد حقيقة فكذا اذا لم يكن فى ملكه عين رقبة وله فضل مال على كفايته يجب رقبة صالحة للتكفير لانه يكون واجدا من حيث المعنى فأما اذا لم يكن له فضل مال على قدر كفاية ما يتوصل به الى الرقبة ولا فى ملكه عين الرقبة لا يجب عليه التحرير لان قدر الكفارة مستحق الصرف الى حاجته الضرورية والمستحق كالمصروف فكان ملحقا بالعدم كالماء المحتاج اليه للشرب فى السفر حتى يباح له التيمم ويدخل تحت قوله عز شأنه فان لم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا وان كان موجودا حقيقة لكنه لما كان مستحق الصرف الى الحاجة الضرورية التحق بالعدم شرعا كذا هذا وان كان الواجب واحدا منها كما فى كفارة اليمين تشترط القدرة على أداء الواجب على الابهام وهو أن يكون فى ملكه فضل على كفاية ما يجد به أحد الاشياء الثلاثة لانه يكون واجدا معنى أو يكون فى ملكه واحد من المنصوص عليه عينا من عبد صالح للتكفير أو كسوة عشرة مساكين أو اطعام عشرة مساكين لانه يكون واجدا حقيقة وكذا لا يجب الصيام ولا الاطعام فيما للطعام فيه مدخل الا على القادر عليهما لان ايجاب الفعل على العاجز ممتنع ولقوله عز اسمه فى كفارة الظهار فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا شرط سبحانه وتعالى عدم استطاعة الصيام لوجوب الاطعام فدل ان استطاعة الصوم شرط لوجوبه ولا يجب على العبد فى الانواع كلها الا الصوم لانه لا يقدر الا عليه لانه ليس من أهل ملك المال لانه مملوك فى نفسه فلا يملك شيأ ولو أعتق عنه مولاه أو أطعم أو كسا لا يجوز لانه لا يملك وان ملك وكذا المكاتب لانه عبد ما بقى عليه درهم وكذا المستسعى فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه لانه بمنزلة المكاتب (ومنها) العجز عن التحرير عينا فى الانواع الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله عز شأنه فى كفارة القتل والظهار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أى من لم يجد رقبة شرط سبحانه وتعالى عدم وجود الرقبة لوجوب الصوم فلا يجب الصوم مع القدرة على التحرير (وأما) فى كفارة اليمين فالعجز عن الاشياء الثلاثة شرط لوجوب الصوم فيها لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام أى فمن لم يجد واحدا منها فعليه صيام ثلاثة أيام فلا يجب الصوم مع القدرة على واحد منها (وأما) العجز عن الصيام فشرط لوجوب الاطعام فيما للاطعام فيه مدخل لقوله جل وعلا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا أى من لم يستطع الصيام فعليه اطعام ستين مسكينا فلا يجب الاطعام مع استطاعة الصيام ثم اختلف فى ان المعتبر هو القدرة والعجز وقت الوجوب أم وقت الاداء قال أصحابنا رحمهم الله وقت الاداء وقال الشافعى رحمه الله وقت الوجوب حتى لو كان

موسراً وقت الوجوب ثم أعسر جازله الصوم عندنا وعنده لايجوز ولو كان على القلب لايجوز عندنا وعنده يجوز (وجه) قوله ان الكفارة وجبت عقوبة فيعتبر فيها وقت الوجوب كالحد فان العبد اذا زنا ثم أعتق يقام عليه حد العبيد (والدليل) على انها وجبت عقوبة ان سبب وجوبها الجناية من الظهار والقتل والافطار والحنث وتعليق الوجوب بالجناية تعليق الحكم بوصف مناسب مؤثر فيحال عليه وربما قالوا هذا ضمان يختلف باليسار والاعسار فيعتبر فيه حال الوجوب كضمان الاعتاق (ولنا) ان الكفارة عبادة لها بدل ومبدل فيعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب كالصلاة بان فاتته صلاة فى الصحة فقضاها فى المرض قاعداً أو بالايماء انه يجوز (والدليل) على انها عبادة وان لها بدلا ان الصوم بدل عن التكفير بالمال والصوم عبادة وبدل العبادة عبادة وكذا يشترط فيها النية وانها لاتشترط الا فى العبادات واذا ثبت انها عبادة لها بدل ومبدل فهذا يوجب أن يكون المعتبر فيها وقت الاداء لا وقت الوجوب لانه اذا أيسر قبل الشروع فى الصيام أو قبل تمامه فقد قدر على المبدل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل البدل و ينتقل الامر الى المبدل كالمتيمم اذا وجد الماء قبل الشروع فى الصلاة أو بعده قبل الفراغ منها عندنا وكالصغيرة اذا اعتدت بشهر ثم حاضت انه يبطل الاعتداد بالاشهر و ينتقل الحكم الى الحيض واذا اعسر قبل التكفير بالمال فقد عجز عن المبدل قبل حصول المقصود به وقدر على تحصيله بالبدل كواجد الماء اذا لم يتوضأ حتى مضى الوقت ثم عدم الماء و وجد ترابا نظيفا انه يجوز له أن يتيمم و يصلى بل يجب عليه ذلك كذا ههنا بخلاف الحدود لان الحد ليس بعبادة مقصودة بل هو عقوبة ولهذا لايفتقر الى النية وكذا لابدل له لان حد العبيد ليس بدلا عن حد الاحرار بل هو أصل بنفسه ألا ترى انه يحد العبيد مع القدرة على حد الاحرار ولا يجوز المصير الى البدل مع القدرة على المبدل كالتراب مع الماء وغير ذلك بخلاف الصلاة اذا وجبت على الانسان وهو مقيم ثم سافر أو مسافر ثم أقام انه يعتبر فى قضائها وقت الوجوب لان صلاة المسافر ليست بدلا عن صلاة المقيم ولا صلاة المقيم بدل عن صلاة المسافر بل صلاة كل واحد منهما أصل بنفسها ألا ترى انه يصلى احداهما مع القدرة على الاخرى و بخلاف ضمان الاعتاق لانه ليس بعبادة وكذا السعاية ليست ببدل عن الضمان على أصل أبى حنيفة رحمه الله لان الشريك مخير عنده بين التضمين والاستسعاء ولا يخير بين البدل والمبدل فى الشريعة (وأما) قوله ان سبب وجوب الكفارة الجناية فممنوع بل سبب وجوبها ماهو سبب وجوب التوبة اذ هى أحد نوعى التوبة وانما الجناية شرط كما فى التوبة هذا قول المحققين من مشايخنا وعلى هذا يخرج ما اذا وجب عليه التحرير أو أحد الاشياء الثلاثة بان كان موسراً ثم أعسر انه يجزئه الصوم ولو كان معسراً ثم أيسر لم يجزه الصوم عندنا وعند الشافعى لايجزئه فى الاول و يجزئه فى الثانى لان الاعتبار لوقت الاداء عندنا لا لوقت الوجوب وهو فى الاول يعتبر وقت الاداء فوجد شرط جواز الصوم و وجوبه وهو عدم الرقبة فجاز بل وجب وفى الثانى لم يوجد الشرط فلم يجز وعنده لما كان المعتبر وقت الوجوب فيراعى وجود الشرط للجواز وعدمه وقت الوجوب ولم يوجد فى الاول و وجد فى الثانى ولو شرع فى الصوم ثم أيسر قبل تمامه لم يجز صومه ذكر هذا فى الاصل بلغنا ذلك عن عبد الله بن عباس وابراهيم لما ذكرنا انه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فلا يعتبر البدل والافضل أن يتم صوم ذلك اليوم فلو أفطر لايلزمه القضاء عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يقضى وأصل هذه المسئلة فى كتاب الصوم وهو من شرع فى صوم على ظن انه عليه ثم تبين أنه ليس عليه فالافضل له أن يتم الصوم ولو أفطر فهو على الاختلاف الذى ذكرنا وعلى قياس قول الشافعى رحمه الله يمضى على صومه لان العبرة فى باب الكفارات لوقت الوجوب عنده و وقت الوجوب كان معسرا ولو أيسر بعد الاتمام جاز صومه لانه قدر على المبدل بعد حصول المقصود بالبدل فلا يبطل البدل بخلاف الشيخ الفانى اذا فدى ثم قدر على الصوم انه تبطل الفدية و يلزمه الصوم لان الشيخ الفانى هو الذى لاترجى له القدرة على الصوم فاذا قدر تبين انه لم يكن شيخا فانيا ولان الفدية ليست ببدل مطلق لانها ليست بمثل للصوم صورة ومعنى فكانت بدلا ضرور يا وقد ارتفعت الضرورة فبطلت القدرة

فاما الصوم فبدل مطلق فلا يبطل بالقدرة على الاصل بعد حصول المقصود به والله عز شأنه أعلم

فصل وأما شرط جواز كل نوع فاجواز هذه الانواع شرائط بعضها يعم الانواع كلها و بعضها يخص البعض دون البعض (أما) الذى يعم الكل فنية الكفارة حتى لا تتأدى بدون النية والكلام فى النية فى موضعين أحدهما فى بيان ان نية الكفارة شرط جوازها والثانى فى بيان شرط صحة النية (اما) الاول فلان مطلق الفعل يحتمل التكفير و يحتمل غيره فلا بد من التعيين وذلك بالنية ولهذا لا يتأدى صوم الكفارة بمطلق النية لان الوقت يحتمل صوم الكفارة وغيره فلا يتعين الا بالنية كصوم قضاء رمضان وصوم النذر المطلق ولو أعتق رقبة واحدة عن كفارتين فلا شك انه لا يجوز عنهما جميعا لان الواجب عن كل كفارة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد وهل يجوز عن احداهما فالكفارتان الواجبتان لا يخلو (اما) ان وجبتا بسببين من جنسين مختلفين واما ان وجبتا بسببين من جنس واحد (فان) وجبتا بسببين من جنسين مختلفين كالقتل والظهار فأعتق رقبة واحدة ينوى عنهما جميعا لا يجوز عن احداهما بلا خلاف بين أصحابنا وعند الشافعى رحمه الله يجوز (وان) وجبتا بسببين من جنس واحد كظهارين أو قتلين يجوز عن احداهما عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله استحسانا وهو قول الشافعى رحمه الله والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وهذا الاختلاف مبنى على ان نية التعيين والتوزيع هل تقع معتبرة أم تقع لغواً فعند أصحابنا معتبرة فى الجنسين المختلفين وعند الشافعى رحمه الله لغو فيهما جميعا (واما) فى الجنس الواحد فهى لغو عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم وعند زفر معتبرة قياسا (اما) الكلام مع الشافعى فوجه قوله ان الكفارات على اختلاف أسبابها جنس واحد ونية التعيين فى الجنس الواحد لغو لما نذكر (ولنا) ان التعيين فى الاجناس المختلفة محتاج اليه وذلك بالنية فكان نية التعيين محتاجا اليها عند اختلاف الجنس فصادفت النية محلها فصحت ومتى صحت أوجبت انقسام عين رقبة واحدة على كفارتين فيقع عن كل واحد منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز لا عن هذه ولا عن تلك (وأما) قوله الكفارتان جنس واحد فنعم من حيث هما كفارة لكنهما اختلفا سببا وقدرا وصفة (اما) السبب فلا شك فيه (واما) القدر فان الطعام يدخل فى احداهما وهى كفارة الظهار ولا يدخل فى الاخرى وهى كفارة القتل (واما) الصفة فان الرقبة فى كفارة الظهار مطلقة عن صفة الايمان وفى كفارة القتل مقيدة بها واذا اختلفا من هذه الوجوه كان التعيين بالنية محتاجا اليه فصادفت النية محلها فصحت فانقسم عتق رقبة بينهما فلم يجز عن احداهما حتى لو كانت الرقبة كافرة وتعذر صرفها الى الكفارة للقتل انصرفت بالكلية الى الظهار وجازت عنه كذا قال بعض مشايخنا بما وراء النهر (ونظيره) ما اذا جمع بين امرأة وابنتها أو أمها أو أختها وتزوجهما فى عقدة واحدة فان كانتا فارغتين لا يجوز وان كانت احداهما منكوحة والاخرى فارغة يجوز نكاح الفارغة (وأما) الكلام بين أصحابنا فوجه القياس فى ذلك انه أوقع عتق رقبة واحدة عن كفارتين على التوزيع والانقسام فيقع عن كل واحدة منهما عتق نصف رقبة فلا يجوز عن واحدة منهما لان المستحق عليه عن كل واحدة منهما اعتاق رقبة كاملة ولم يوجد و بهذا لم يجز عن احداهما عند اختلاف الجنس (ولنا) ان نية التعيين لم تصادف محلها لان محلها الاجناس المختلفة اذ لا تقع الحاجة الى التعيين الا عند اختلاف الجنس فاذا اتحد الجنس لم تقع الحاجة اليها فلغت نية التعيين و بقى أصل النية وهى نية الكفارة فتقع عن واحدة منهما كما فى قضاء صوم رمضان اذا كان عليه صوم يومين فصام يوما ينوى قضاء صوم يومين تلغو نية التعيين و بقيت نية ما عليه كذا هذا بخلاف ما اذا اختلف الجنس لان باختلاف الجنس تقع الحاجة الى التعيين فلا تلغو نية التعيين بل تعتبر ومتى اعتبرت يقع عن كل جنس نصف رقبة فلا يجوز عنه كما اذا كان عليه صوم يوم من قضاء رمضان وصوم يوم من كفارة اليمين فنوى من الليل أن يصوم غدا عنهما كانت نية التوزيع معتبرة حتى لا يصير صائما عن أحدهما لان الانقسام يمنع من ذلك والله تعالى أعلم ولو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة عن ظهارين لم يجز الا عن أحدهما فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يجزئه عنهما وقال زفر رحمه الله لا يجزئه

عنهما وكذلك لو أطعم عشرة مساكين كل مسكين صاعا عن يمينين فهو على هذا الاختلاف ولو كانت الكفارتان من جنسين مختلفين جاز فيهما بالاجماع (وأما) وجه قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلما ذكرنا ان من أصل أصحابنا الثلاثة ان الكفارتين اذا كانتا من جنس واحد لا يحتاج فيهما الى نية التعيين بل تلغو نية التعيين ههنا ويبقى أصل النية وهو نية الكفارة يدفع ستين صاعا الى ستين مسكينا من غير تعيين ان نصفه عن هذا او نصفه عن ذاك ولو لم يعين لم يجز الا عن احدهما كذا هذا الا ان محمدا يقول ان نية التعيين انما تبطل لانه لا فائدة فيها وههنا فى التعيين فائدة وهى جواز ذلك عن الكفارتين فوجب اعتبارها ويقول اطعام ستين مسكينا يكون عن كفارة واحدة والكفارة الواحدة منهما مجهول ولهذا قال اذا أعتق رقبة واحدة عنهما لا يجوز عن واحدة منهما بخلاف ما اذا كانت الكفارتان من جنسين لانه قد صح من أصل أصحابنا جميعا ان نية التعيين عند اختلاف الجنس معتبرة واذا صح التعيين والمؤدى يصلح عنهما جميعا وقع المؤدى عنهما فجاز عنهما جميعاً والله تعالى أعلم (وأما) شرط جواز النية فهو أن تكون النية مقارنة لفعل التكفير فان لم تقارن الفعل رأساً أو لم تقارن فعل التكفير بأن تأخرت عنه لم يجز لان اشتراط النية لتعيين المحتمل وايقاعه على بعض الوجوه ولن يتحقق ذلك الا اذا كانت مقارنة للفعل ولان النية هى الارادة والارادة مقارنة للفعل كالقدرة الحقيقية لان بها يصير الفعل اختياريا وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى أباه أو ابنه ينوى به العتق عن كفارة يمينه أو ظهاره أو افطاره أو قتله أجزأه عندنا استحسانا والقياس أن لا يجزيه وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله بناء على أن شراء القريب اعتاق عندنا فاذا اشتراه ناويا عن الكفارة فقد قارنت النية الاعتاق فجاز وعندهما العتق يثبت بالقرابة والشراء شرط فلم تكن النية مقارنة لفعل الاعتاق فلا يجوز (وجه) القياس ان الشراء ليس باعتاق حقيقة ولا مجازا أما الحقيقة فلا شك فى انتفائها لان واضع اللغة ما وضع الشراء للاعتاق (وأما) المجاز فلان المجاز يستدعى المشابهة فى المعنى اللازم المشهور فى محل الحقيقة ولا مشابهة ههنا أصلا لان الشراء تملك والاعتاق ازالة الملك وبينهما مضادة (ولنا) ما روى أبو داود فى سننه باسناد عن أبى هريرة رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لن يجزى ولد والدا الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه سماه معتقاً عقيب الشراء ولا فعل منه بعد الشراء فعلم أن الشراء وقع اعتاقاً منه عقلنا وجه ذلك أو لم نعقل فاذا نوى عند الشراء الكفارة فقد اقترنت النية بفعل الاعتاق فجاز وقولهما الشراء ليس باعتاق حقيقة ممنوع بل هو اعتاق حقيقة لكن حقيقة شرعية لا وضعية والحقائق أنواع وضعية وشرعية وعرفية على ما عرف فى أصول الفقه وكذلك اذا وهب له أو أوصى له به فقبله لانه يعتق بالقبول فقارنت النية فعل الاعتاق وان ورثه ناويا عن الكفارة لم يجز لان العتق ثبت من غير صنعه رأساً فلم يوجد قران النية الفعل فلا يجوز وعلى هذا يخرج ما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناوياً عن الكفارة لم يجز لان العتق عند الشراء يثبت بالكلام السابق ولم تقارنه النية حتى لو قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن كفارة يمينى أو ظهارى أو غير ذلك يجزيه لقران النية كلام الاعتاق ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر عن ظهارى ثم قال بعد ذلك ما اشتريته فهو حر عن كفارة قتلى ثم اشتراه فهو حر عن الظهار لانه لما قال ان اشتريته فهو حر عن كفارة قتلى فقد أراد فسخ الاول واليمين لا تحتمل الفسخ وكذلك لو قال ان اشتريته فهو حر تطوعاً ثم قال ان اشتريته فهو حر عن ظهارى ثم اشتراه كان تطوعاً لانه بالاول علق عتقه تطوعاً بالشراء ثم أراد بالثانى فسخ الاول واليمين لا يلحقها الفسخ والله عز شأنه أعلم (وأما) الذى يخص البعض دون البعض فأما كفارة اليمين فيبدأ بالاطعام ثم بالكسوة ثم بالتحرير لان الله تعالى عز شأنه بدأ بالاطعام فى كتابه الكريم وقد قال النبى عليه الصلاة والسلام ابدؤا بما بدأ الله به فنقول لجواز الاطعام شرائط بعضها يرجع الى صفة الاطعام وبعضها يرجع الى مقدار ما يطعم وبعضها يرجع الى محل المصروف اليه الطعام أما الذى يرجع الى صفة الاطعام فقد قال أصحابنا انه يجوز فيه التمليك وهو طعام الاباحة وهو مروى عن سيدنا على كرم الله وجهه وجماعة من التابعين مثل محمد ابن كعب والقاسم وسالم والشعبى وابراهيم وقتادة ومالك والثورى والاوزاعى رضى الله عنهم وقال الحكم وسعيد بن

جبير لا يجوز الا التمليك و به أخذ الشافعى رحمه الله فالحاصل أن التمليك ليس بشرط الجواز الاطعام عندنا بل الشرط هو التمكين وانما يجوز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك وعند الشافعى رحمه الله التمليك شرط الجواز لا يجوز بدونه ( وجه ) قوله أن التكفير مفروض فلا بد وان يكون معلوم القدر ليتمكن المكلف من الاتيان به لئلا يكون تكليف ما لا يحتمله الوسع وطعام الاباحة ليس له قدر معلوم وكذا يختلف باختلاف حال المسكين من الصغر والكبر والجوع والشبع يحققه ان المفروض هو المقدر إذ الفرض هو التقدير يقال فرض القاضى النفقة أى قدر قال الله سبحانه وتعالى فنصف ما فرضتم لهن أى قدرتم فطعام الاباحة ليس بمقدر ولان المباح له يأكل على ملك المبيح فيهلك المأكول على ملكه ولا كفارة بما يهلك فى ملك المكفر و بهذا شرط التمليك فى الزكاة والعشر وصدقة الفطر ( ولنا ) أن النص ورد بلفظ الاطعام قال الله عز شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين والاطعام فى متعارف اللغة اسم للتمكين من المطعم لا التمليك قال الله عز شأنه و يطعمون الطعام على حبه مسكينا و يتيما وأسيراً والمراد بالاطعام الاباحة لا التمليك وقال النبي عليه الصلاة والسلام أفشوا السلام وأطعموا الطعام والمراد منه الاطعام على وجه الاباحة وهو الامر المتعارف بين الناس يقال فلان يطعم الطعام أى يدعو الناس الى طعامه والدليل عليه قوله سبحانه وتعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وانما يطعمون على سبيل الاباحة دون التمليك بل لا يخطر ببال أحد فى ذلك التمليك فدل أن الاطعام هو التمكين من التطعم الا أنه اذا ملك جاز لان تحت التمليك تمكيناً لانه اذا ملكه فقد مكنه من التطعم والاكل فيجوز من حيث هو تمكين وكذا اشارة النص دليل على ما قلنا لانه قال اطعام عشرة مساكين والمسكنة هى الحاجة واختصاص المسكين للحاجة الى أكل الطعام دون تملكه تعم المسكين وغيره فكان فى اضافة الاطعام الى المساكين اشارة الى أن الاطعام هو الفعل الذى يصير المسكين به متمكنا من التطعم لا التمليك بخلاف الزكاة وصدقة الفطر والعشر أنه لا يجوز فيه طعام الاباحة لان الشرع هناك لم يرد بلفظ الاطعام وانما ورد بلفظ الايتاء والاداء قال الله تعالى فى الزكاة وآتوا الزكاة وقال تعالى فى العشر وآتوا حقه يوم حصاده وقال النبي عليه الصلاة والسلام فى صدقة الفطر أدوا عن كل حر وعبد الحديث والايتاء والاداء يشعران بالتمليك على أن المراد من الاطعام المذكور فى النص ان كان هو التمليك كان النص معلولا بدفع حاجة المسكين وهذا يقتضى جواز التمكين على طريق الاباحة بل أولى من وجهين أحدهما أنه أقرب الى دفع الجوع وسد المسكنة من التمليك لانه لا يحصل معنى الدفع والسد بتمليك الحنطة الا بعد طول المدة والا بعد تحمل مؤن فكان الاطعام على طريق الاباحة أقرب الى حصول المقصود من التمليك فكان أحق بالجواز والثانى أن الكفارة جعلت مكفرة للسيئة بما أعطى نفسه من الشهوة التى لم يؤذن له فيها حيث لم يف بالعهد الذى عهد مع الله تعالى عز شأنه فخرج فعله مخرج ناقض العهد ومخلف الوعد فجعلت كفارته بما تنفر عنه الطباع وتتألم و يثقل عليها ليذوق ألم اخراج ماله المحبوب عن ملكه فيكفر ما أعطى نفسه من الشهوة لانه من وجه أذن له فيها ومعنى تألم الطبع فيما قلنا أكثر لان دعاء المساكين وجمعهم على الطعام وخدمتهم والقيام بين أيديهم أشد على الطبع من التصدق عليهم لما جبل طبع الاغنياء عل النفرة من الفقراء ومن الاختلاط معهم والتواضع لهم فكان هذا أقرب الى تحقيق معنى التكفير فكان تجويز التمليك تكفيراً تجويزاً لطعام الاباحة تكفيرا من طريق الاولى ( وأما ) قوله ان الكفارة مفروضة فلا بد وان تكون معلومة القدر فنقول هى مقدرة بالكفارة لان الله عز شأنه فرض هذا الاطعام وعرف المفروض باطعام الاهل بقوله عز شأنه من أوسط ما تطعمون أهليكم فلا بد وان يكون الاهل معلوماً والمعلوم من طعام الاهل هو طعام الاباحة دون التمليك فدل على أن طعام الاباحة معلوم القدر وقدره الكفارة بطعام الاهل فجاز أن يكون مفروضاً كطعام الاهل فيمكنه الخروج عن عهدة الفرض وأما قوله ان الطعام يهلك على ملك المكفر فلا يقع عن التكفير فممنوع بل كما صار مأكولا فقد زال ملكه عنه الا أنه يزول لا الى أحد وهذا يكفى لصيرورته كفارة كالاعتاق ( وأما ) الذى يرجع الى مقدار ما يطعم فالمقدار فى التمليك هو نصف صاع

من حنطة أو صاع من شعير أو صاع من تمر كذا روى عن سيدنا عمر وسيدنا على وسيدتنا عائشة رضى الله تعالى عنهم وذكر فى الاصل بلغنا عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال ليرفأ مولاه إنى أحلف على قوم لا أعطيهم ثم يبدو لى فأعطيهم فاذا أنا فعلت ذلك فأطعم عشرة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة أو صاعا من تمر و بلغنا عن سيدنا على رضى الله عنه أنه قال فى كفارة اليمين اطعام عشرة مساكين نصف صاع من حنطة و به قال جماعة من التابعين سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وابراهيم ومجاهد والحسن وهو قول أصحابنا رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما وابن سيدنا عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ومن التابعين عطاء وغيره لكل مسكين مد من حنطة و به أخذ مالك والشافعى رحمهما الله والترجيح لقول سيدنا عمر وسيدنا على وسيدتنا عائشة رضوان الله عليهم لقوله تعالى عز اسمه من أوسط ما تطعمون أهليكم والمد ليس من الاوسط بل أوسط طعام الاهل يزيد على المد فى الغالب ولان هذه صدقة مقدرة بقوت مسكين ليوم فلا تنقص عن نصف صاع كصدقة الفطر والاذى فان أعطى عشرة مساكين كل مسكين مدا من حنطة فعليه أن يعيد عليهم مدا مدا فان لم يقدر عليهم استقبل الطعام لان المقدار ان لكل مسكين فى التمليك مدا فلا يجوز أقل من ذلك و يجوز فى التمليك الدقيق والسويق و يعتبر فيه تمام الكيل ولا يعتبر فيه القيمة كالحنطة لانه حنطة الا أنه فرقت أجزاؤها بالطحن وهذا التفريق تقريب الى المقصود منها فلا تعتبر فيه القيمة و يعتبر فى تمليك المنصوص عليه تمام الكيل ولا يقوم البعض مقام بعض باعتبار القيمة اذا كان أقل من كيله حتى لو أعطى نصف صاع من تمر تبلغ قيمته قيمة نصف صاع من حنطة لا يجوز لانه منصوص عليه فيقع عن نفسه لا عن غيره فأما الارز والذرة والجاورس فلا يقوم مقام الحنطة والشعير فى الكيل لانه غير منصوص عليه وانما جوازه باعتبار القيمة فتعتبر قيمته كالدراهم والدنانير وهذا عند أصحابنا رحمهم الله وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز الا اذا عين المنصوص عليه ولا يجوز دفع القيم والابدال كما فى الزكاة وعندنا يجوز (وجه) قوله ان الله تعالى أمر بالاطعام بقوله جل شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين فالقول بجواز اداء القيمة يكون تغييرا لحكم النص وهذا لا يجوز (ولنا) ما ذكرنا ان اطعام المسكين اسم لفعل يتمكن المسكين به من التطعم فى متعارف اللغة لما ذكرنا فيما تقدم وهذا يحصل بتمليك القيمة فكان تمليك القيمة من الفقير اطعاما له فيتناول النص وجواز التمليك من حيث هو تمكين لا من حيث هو تمليك على ما مر ان الاطعام ان كان اسما للتمليك فجوازه معلول بدفع الحاجة وهو المسئلة عرفنا ذلك باشارة النص وضرب من الاستنباط على ما بينا والقيمة فى دفع الحاجة مثل الطعام فورود الشرع بجواز الطعام يكون ورودا بجواز القيمة بل أولى لان تمليك الثمن أقرب الى قضاء حاجة المسكين من تمليك عين الطعام لان به يتوصل الى ما يختاره من الغذاء الذى اعتاد الاغتذاء به فكان أقرب الى قضاء حاجته فكان أولى بالجواز ولما ذكرنا أن التكفير بالاطعام يحمل مكروه الطبع بازاء ما نال من الشهوة وذلك المعنى يحصل بدفع القيمة ولان الكفارة جعلت حقا للمسكين فتى أخرج من عليه الطعام الى المستحق بدله وقبله المستحق عن طوع فقد استبدل حقه به فيجب القول بجواز هذا الاستبدال بمنزلة التناول فى سائر الحقوق (وأما) المقدار فى طعام الاباحة فأكلتان مشبعتان غداء وعشاء وهذا قول عامة العلماء وعن ابن سيرين وجابر بن زيد ومكحول وطاوس والشعبى انه يطعمهم أكلة واحدة وقال الحسن وجبة واحدة والصحيح قول العامة لان الله عز وجل عرف هذا الاطعام باطعام الاهل بقوله تعالى من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك أكلتان مشبعتان غداء وعشاء كذا هذا ولان الله جل شأنه ذكر الاوسط والاوسط ماله حاشيتان متساويتان وأقل عدد له حاشية ان متساويتان ثلاثة وذلك يحتمل أنواعا ثلاثة أحدها الوسط فى صفات المأكول من الجودة والرداءة والثانى الوسط من حيث المقدار من السرف والقتر والثالث الوسط من حيث أحوال الاكل من مرة ومرتين وثلاث مرات فى يوم واحد ولم يثبت بدليل عقلى ولا بسمعى تعيين بعض هذه الانواع فيحمل على الوسط من الكل احتياطا ليخرج عن عهدة الفرض بيقين وهو أكلتان فى يوم بين الجيد والردىء والسرف والقتر ولان

أقل الاكل فى يوم مرة واحدة وهو المسمى بالوجبة وهو فى وقت الزوال الى زوال يوم الثانى منه والاكثر ثلاث مرات غداء وعشاء وفى نصف اليوم والوسط مرتان غداء وعشاء وهو الاكل المعتاد فى الدنيا وفى الآخرة أيضاً قال الله سبحانه وتعالى فى أهل الجنة ولهم رزقهم فيها بكرة وعشياً فيحمل مطلق الاطعام على المتعارف وكذلك اذا غداهم وسحرهم أو عشاهم وسحرهم أو غداهم غداءين أو عشاهم عشاءين أو سحرهم سحورين لانهما أكلتان مقصودتان فاذا غداهم فى يومين أو عشاهم فى يومين كان كاكلتين فى يوم واحد معنى الا ان الشرط أن يكون ذلك فى عدد واحد حتى لو غدى عدداً وعشى عدداً آخر لم يجزه لانه لم يوجد فى حق كل مسكين أكلتان ولهذا لم يجز مثله فى التمليك بان فرق حصة مسكين على مسكينين فكذا فى التمكين وسواء كان الطعام مأدوما أو غير مأدوم حتى لو غداهم وعشاهم خبزا بلا إدام أجزأه لقول الله تبارك وتعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين مطلقاً من غير فصل بين المأدوم وغيره وقد أطعم ولان الله عز شأنه عرف الاطعام على وجه الاباحة باطعام الاهل وذلك قد يكون مأدوما وقد يكون غير مأدوم فكذا هذا وكذلك لو أطعم خبز الشعير أو سويقاً أو تمراً أجزأه لان ذلك قد يؤكل وحده فى طعام الاهل وروى ابن سماعة عن أبى يوسف أنه قال اذا أطعم مسكيناً واحداً غداء وعشاء أجزاه من اطعام مساكين وان لم يأكل الارغيفاً واحداً لان المعتبر هو الكفاية والكفاية قد تحصل برغيف واحد فلا يعتبر القلة والكثرة فان ملكه الخبز بان أعطاه أربعة أرغفة فان كان يعدل ذلك قيمة نصف صاع من حنطة أجزأه وان لم يعدل لم يجزه لان الخبز غير منصوص عليه فكان جوازه باعتبار القيمة وقال أبو يوسف رحمه الله لو غدى عشرة مساكين فى يوم ثم أعطاهم مداً مداً أجزأه لانه جمع بين التمليك والتمكين وكل واحد منهما جائز حال الانفراد كذا حال الاجتماع ولان الغداء مقدر بنصف كفاية المسكين والمد مقدر بنصف كفايته فقد حصلت له كفاية يوم فيجوز فان أعطى غيرهم مداً مداً لم يجز لانه فرق طعام العشرة على عشرين فلم يحصل لكل واحد منهم مقدار كفايته ولو غداهم وأعطى قيمة العشاء فلوساً أو دراهم أجزأه عندنا خلافاً للشافعى رحمه الله لان القيمة فى الكفارة تقوم مقام المنصوص عليه عندنا وعنده لا تقوم (وأما) الذى يرجع الى المحل المصروف اليه الطعام فمنها أن يكون فقيراً فلا يجوز اطعام الغنى عن الكفارة تمليكا واباحة لان الله تبارك وتعالى أمر باطعام عشرة مساكين بقوله سبحانه فكفارته اطعام عشرة مساكين ولو كان له مال وعليه دين له مطالب من جهة العباد يجوز اطعامه لانه فقير بدليل انه يجوز اعطاء الزكاة اياه فالكفارة أولى ومنها أن يكون ممن يستوفى الطعام وهذا فى اطعام الاباحة حتى لو غدى عشرة مساكين وعشاهم وفيهم صبى أو فوق ذلك لم يجز وعليه اطعام مسكين واحد لقوله جل جلاله من أوسط ما تطعمون أهليكم وذلك ليس من أوسط ما يطعم حتى لو كان مراهقاً جاز لان المراهق يستوفى الطعام فيحصل الاطعام من أوسط ما يطعم ومنها أن لا يكون مملوكه لان الصرف اليه صرف الى نفسه فلم يجز ومنها أن لا يكون من الوالدين والمولودين فلا يجوز اطعامهم تمليكا واباحة لان المنافع بينهم متصلة فكان الصرف اليهم صرفا الى نفسه من وجه ولهذا لم يجز صرف الزكاة اليهم ولا تقبل شهادة البعض للبعض ولما ذكرنا ان الواجب بحق التكفير لما اقترف من الذنب بما أعطى نفسه مناها وأوصلها الى هواها بغير اذن من الآذن وهو الله سبحانه جلت عظمته ففرض عليهم الخروج عن المعصية بما تتألم به النفس وينفر عنه الطبع ليذيق نفسه المرارة بمقابلة اعطائها من الشهوة وهذا المعنى لا يحصل باطعام هؤلاء لان النفس لا تتألم به بل تميل اليه لما جعل الله سبحانه الطبائع بحيث لا تحتمل نزول البلاء والشدة بهم وبحيث تجتهد كل فى دفع الحاجة عنهم مثل الدفع عن نفسه ولو أطعم أخاه أو أخته وهو فقير جاز لان هذا المعنى لا يوجد فى الاخ والاخت فدخل تحت عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين ولو أطعم ولده أو غنيا على ظن أنه أجنبى أو فقير ثم تبين أجزأه فى قول أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يجوز وهو على الاختلاف الذى ذكرنا فى الزكاة وقد مر الكلام فيه ومنها ان لا يكون هاشميا لان الله تبارك وتعالى كره لهم غسالة أيدى الناس وعوضهم بخمس الخمس من الغنيمة ولو دفع اليه على ظن أنه ليس

بهاشمى ثم ظهر أنه هاشمى فهو على الاختلاف ومنها ان لا يكون زوجا أو زوجة له لان ماشرع له الكفارة وهو تألم الطبع ونفاره بالبذل والاخراج لا يوجد بين الزوجين لما يوجد البذل بينهما لشهوة وطبيعة ويكون التناكح لمثله فى العرف والشرع على ماروى تنكح المرأة لمالها وجمالها وعلى ماوضع النكاح للمودة والمحبة ولا يتحقق ذلك الا بالبذل ودفع الشح ولهذا لاتقبل شهادة أحدهما للآخر لان أحدهما ينتفع بمال صاحبه فتتمكن التهمة فى الشهادة ومنها أن لا يكون حربيا وان كان مستأمنا لان الله تعالى عز شأنه نهانا عن البر بهم والاحسان اليهم بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين واخرجوكم من دياركم ولان فى الدفع الى الحربى اعانة له على الحراب مع المسلمين وقد قال الله سبحانه وتعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ويجوز اعطاء فقراء أهل الذمة من الكفارات والنذور وغير ذلك الا الزكاة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز الا النذور والتطوع ودم المتعة (وجه) قوله ان هذه صدقة وجبت بايجاب الله عز شأنه فلا يجوز صرفها الى الكافر كالزكاة بخلاف النذر لانه وجب بايجاب العبد والتطوع ليس بواجب أصلا والتصدق بلحم المتعة غير واجب لان معنى القربة فى الاراقة (ولهما) عموم قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من غير فصل بين المؤمن والكافر الا أنه خص منه الحربى بما تلونا فبقى الذمى على عموم النص فكان ينبغى أن يجوز صرف الزكاة اليه الا ان الزكاة خصت بقول النبى عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن خذها من اغنيائهم وردها فى فقرائهم أمر عليه الصلاة والسلام برد الزكاة الى من أمر بالاخذ من اغنيائهم والمأخوذ منه المسلمون فكذا المردود عليهم وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام قال أمرت أن آخذ الصدقة من أغنيائهم وأردها فى فقرائهم (ووجه) الاستدلال ماذكرنا ولان الكفارة وجبت لدفع المسكنة والمسكنة موجودة فى الكفرة فيجوز صرف الصدقة اليهم كما يجوز صرفها الى المسلم بل أولى لان التصدق عليهم بعض ما يرغبهم الى الاسلام ويحملهم عليه ولما ذكرنا ان الكفارات وجبت بما اختار من اعطاء النفس شهوتها فيما لا يحل له فتكون كفارتها بكف النفس عن شهوتها فيما يحل له وبذل ما كان فى طبعه منعه وهذا المعنى يحصل بالصرف الى الكافر بخلاف الزكاة لانها ماوجبت بحق التكفير بل بحق الشكر ألا ترى انها تجب بلا كسب من جهة العبد وحق الشكر الانفاق فى طاعة المنعم والصرف الى المؤمن انفاق على من يصرفه الى طاعة الله جل شأنه فيخرج مخرج المعونة على الطاعة فيحصل معنى الشكر على الكمال والكافر لا يصرفه الى طاعة الله عز شأنه فلا يتحقق معنى الشكر على التمام فأما الكفارات فما عرف وجوبها شكرا بل تكفيرا لاعطاء النفس شهوتها باخراج مافى شهوتها المنع وهذا المعنى فى الصرف الى الكافر موجود على الكمال والتمام لذلك افترقا وهل يشترط عدد المساكين صورة فى الاطعام تمليكا واباحة قال أصحابنا ليس بشرط وقال الشافعى رحمه الله شرط حتى لو دفع طعام عشرة مساكين وذلك خمسة أصوع الى مسكين واحد فى عشرة أيام كل يوم نصف صاع أو غدى مسكينا واحدا أو عشاه عشرة أيام أجزأ عندنا وعنده لا يجزيه الا عن واحد واحتج بظاهر قوله جل شأنه فكفارته اطعام عشرة مساكين نص على عدد العشرة فلا يجوز الاقتصار على مادونه كسائر الاعداد المذكورة فى القرآن العظيم كقوله عز شأنه فاجلدوهم ثمانين جلدة وقوله جل شأنه يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ونحو ذلك والدليل عليه أنه لو دفع طعام عشرة مساكين الى مسكين واحد دفعة واحدة فى يوم واحد لا يجوز (ولنا) ان فى النص اطعام عشرة مساكين واطعام عشرة مساكين قد يكون بأن يطعم عشرة مساكين وقد يكون بأن يكفى عشرة مساكين سواء أطعم عشرة مساكين أولا فاذا أطعم مسكينا واحدا عشرة أيام قدر ما يكفى عشرة مساكين فقد وجد اطعام عشرة مساكين فيخرج عن العهدة على ان معنى اطعام مساكين ان كان هو بأن يطعم عشرة مساكين لكن اطعام عشرة مساكين على هذا التفسير قد يكون صورة ومعنى بأن يطعم عشرة من المساكين عددا فى يوم واحد أو فى عشرة أيام وقد يكون معنى لا صورة وهو ان يطعم مسكينا واحدا فى عشرة أيام لان الاطعام لدفع الجوعة وسد المسكنة وله كل يوم جوعة ومسكنة على حدة لان الجوع يتجدد والمسكنة تحدث فى كل يوم ودفع عشر جوعات عن مسكين

واحد

واحـد فى عشرة أيام فى معنى دفع عشر جوعات عن عشرة مساكين فى يوم واحد أو فى عشرة أيام فكان هـذا اطعام عشرة مساكين معنى فيجوز ونظير هـذا ما روى فى الاستنجاء بثلاثة أحجار ثم لو استنجى بالمدر أو بحجر له ثلاثة أحرف جاز لحصول المقصود منه وهو التطهير كذا هذا ولان ما وجبت له هذه الكفارة يقتضى سقوط اعتبار عـدد المساكين وهو ما ذكرنا من اذاقة النفس مرارة الدفع وازالة الملك لا بتغاء وجه الله سبحانه وتعالى لتكفير ما أتبعها هواها وأوصلها الى مناها كما خالف الله عز وجل فى فعله بترك الوفاء بعهد الله سبحانه وتعالى وهذا المعنى فى بذل هذا القدر من المال تمليكا واباحـة لا فى مراعاة عدد المساكين صورة بخـلاف ذكر العدد فى باب الحد والعدة لان اشـتراط العدد هناك ثبت نصاً غير معقول المعنى فلا يحتمل التعدية وههنا معقول على ما بينا وبخلاف الشهادات حيث لا تجوز اقامـة الواحـد فيها فى يومين أو فى دفعتين مقام شهادة شاهدين لان هناك المعنى الذى يحصل بالعدد لا يحصل بالواحد وهو انتفاء التهمة ومنفعة التصـديق ونفاذ القول على ما نذكره فى كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى وههنا معنى التـكفير ودفع الحاجة وسد المسكنة لا يختلف لما بينا (وأما) اذا دفع طعام عشرة مساكين الى مسكين واحد فى يوم واحد دفعة واحدة أو دفعات فلا رواية فيه واختلف مشايخنا قال بعضهم يجوز وقال عامة مشايخنا لا يجوز الا عن واحد لان ظاهر النص يقتضى الجواز على الوجـه الذى بينا الا أنه مخصوص فى حق يوم واحد لدليل كما صار مخصوصا فى حق بعض المساكين من الوالدين والمولودين ونحوهم فيجب العـمل به فيما وراء المخصوص ولما ذكرنا ان الاصـل فى الطعام هو طعام الاباحة اذ هو المتعارف فى اللغـة وهو التغدية والتعشية لدفع الجوع وازالة المسكنة وفى الحاصل دفع عشر جوعات وهذا فى واحد فى حق مسكين واحد لا يكون فـلابد من تفريق الدفع على الايام ويجوز أن يختلف حكم التفريق والمجتمع كما فى رمى الجمار انه اذا رمى بالحصا متفرقا جاز ولو رمى مجتمعا دفعـة واحـدة لا يجوز الا عن واحـدة ووجـد فى مسئلتنا فجاز وكذلك لو غدى رجلا واحداً عشرين يوما أو عشى رجلا واحـدا فى رمضان عشرين يوما أجزأه عنـدنا لما ذكرنا وعند الشافعى لا يجوز لان عدد المساكين عنده شرط ولم يوجد والله سبحانه وتعالى أعـلم (وأما) الـكسوة فالكلام فيها فى ثلاثة مواضع فى بيان قدرها وفى بيان صفتها وفى بيان مصرفها (أما) الاول فأدنى الـكسوة ثوب واحـد جامع لكل مسكين قميص أو رداء أو كساء أو ملحفة أو جبـة أو قباء أو ازار كبير وهو الذى يستر البدن لان الله تعالى ذكر الـكسوة ولم يذكر فيـه التقدير فكل ما يسمى لابسه مكتسـيا يجزى وما لا فلا ولابس ما ذكرنا يسمى مكتسيا فيجزى عن الـكفارة ولا تجزى القلنسوة والخفان والنعلان لان لابسها لا يسمى مكتسيا اذا لم يكن عليـه ثوب ولا هى تسـمى كسوة فى العرف وأما السراويل والعمامة فقد اختلفت الروايات فيها روى الحسن بن زياد عن أبى حنيفـة رحمهم الله انه اذا أعطى مسكينا قباء أو كساء أو سراويل أو عمامة سابغـة يجوز وروى عن أبى يوسف أنه لا تجزى السراويل والعمامـة وهو رواية عن محمد فى الاملاء وروى هشام رحمه الله عنه أن السراويل تجزيه وهـذا لا يوجب اختلاف الرواية فى العـمامة لان فى رواية الحسن شرط فى العمامة أن تـكون سابغة فتحمل رواية عدم الجواز فيها على ما اذا لم تـكن سابغة وهى أن لا تـكفى تقميص واحد (وأما) السراويل (فوجه) رواية الجواز تجوز فيه الصلاة فيجزى عن الـكفارة كالقميص (ووجه) رواية عدم الجواز وهى التى صححها القـدورى رحمـه الله أن لابس السراويل لا يسمى مكتسيا عرفا وعادة بل يسمى عريانا فلا يدخـل تحت مطلق الـكسوة وذكر الطحاوى انه اذا كسا امرأة فانه يزيد فيه الخمار وهذا اعتبار جواز الصلاة فى الـكسوة على ما روى عن محمـد لان رأسها عورة لا تجوز صـلاتها مع انكشافه ولو أعطى كل مسكين نصف ثوب لم يجزه من الـكسوة ولـكنه يجزى من الطعام عنـدنا اذا كان يساوى نصف صاع من حنطة (أما) عـدم جوازه من الـكسوة فلان الواجب هو الـكسوة ونصف ثوب لا يسمى كسوة لا يجوز أن تعتـبر قيمته عن كسوة رديئة لان الشىء لا يكون بدلا عن نفسه (وأما) جوازه عن الطعام اذا بلغ قيمته نصف صاع فلان القيمة تجوز بدلا عن الـكسوة عندنا كما تجوز بدلا

عن الطعام والوجه فيه على نحو ما ذكرنا في الطعام وهل تشترط نية البدلية قال أبو يوسف تشترط ولا تجزى الكسوة عن الطعام الا بالنية وقال محمد لا تشترط ونية التكفير كافية (وجه) قول محمد ان الواجب عليه ليس الا التكفير فيستدعى نية التكفير وقد وجدت فيجزيه كما لو أعطى المساكين دراهم بنية الكفارة وهى لا تبلغ قيمة الكسوة وتبلغ قيمة الطعام جازت عن الطعام ولو كانت لا تبلغ قيمة الطعام وتبلغ قيمة الكسوة جازت عن الكسوة من غير نية البدلية كذا هذا (وجه) قول أبى يوسف ان المؤدى يحتمل الجواز عن نفسه لانه يمكن تكميله بضم الباقى اليه فلا يصير بدلا الا بجعله بدلا وذلك بالنية بخلاف الدراهم لانه لا جواز لها عن نفسها لانها غير منصوص عليها فكانت متعينة للبدلية فلا حاجة الى التعيين وكذلك لو كسا كل مسكين قلنسوة أو خفين أو نعلين لم يجزه فى الكسوة وأجزأه فى الطعام اذا كان يساويه فى القيمة عند أصحابنا لما قلنا وكذا لو أعطى عشرة مساكين ثوبا واحدا بينهم كثير القيمة نصيب كل مسكين منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه فى الكسوة وأجزأه فى الطعام لما ذكرنا ان الكسوة منصوص عليها فلا تكون بدلا عن نفسها وتصلح بدلا عن غيرها كما لو أعطى كل مسكين ربع صاع من حنطة وذلك يساوى صاعا من تمر انه لا يجزى عن الطعام وان كان مد من حنطة يساوى ثوبا يجزى عن الكسوة لان الطعام يجوز أن يكون قيمة عن الثوب ولا يجوز أن يكون قيمة عن الطعام لان الطعام كله شىء واحد لان المقصود منه واحد فلا يجوز بعضه عن بعض بخلاف الطعام مع الكسوة لانهما متغايران ذاتا ومقصودا فجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر وكذا لو أعطى عشرة مساكين دابة أو عبدا وقيمته تبلغ عشرة أثواب جاز فى الكسوة وان لم تبلغ قيمته عشرة أثواب و بلغت قيمة الطعام أجزأه عنه عندنا لان دفع البدل فى باب الكفارة جائز عندنا قال أبو يوسف لو أن رجلا عليه كفارة يمين فأعطى عشرة مساكين مسكينا نصف صاع من حنطة ومسكينا صاعا من شعير ومسكينا ثوبا وغدى مسكينا وعشاه لم يجزه ذلك حتى يكمل عشرة من أحد النوعين لان الله تبارك وتعالى جعل الكفارة أحد الانواع الثلاثة من الاطعام أو الكسوة أو التحرير بقوله تبارك وتعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين الى قوله تعالى أو كسوتهم أو تناول أحدها فلا تجوز الجمع بينهما لانه يكون نوعا رابعا وهذا لا يجوز لكنه اذا اختار الطعام جاز له أن يعطى مسكينا حنطة ومسكينا شعيرا ومسكينا تمرا لان اسم الطعام يتناول الكل ولو أعطى نصف صاع من تمر جيد يساوى نصف صاع من بر لم يجز الا عن نفسه بقدره لان التمر منصوص عليه فى الاطعام كالبر فلا يجزى أحدهما عن الآخر كما لا يجوز الثمن عن التمر و يجزى التمر عن الكسوة لان المقصود من كل واحد منهما غير المقصود من الآخر فجاز اخراج أحدهما عن الآخر بالقيمة والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) صفة الكسوة فهى انها لا تجوز الا على سبيل التمليك بخلاف الاطعام عندنا لان الكسوة لدفع حاجة الحر والبرد وهذه الحاجة لا تندفع الا بتمليك لانه لا ينقطع حقه الا به فأما الاطعام فلدفع حاجة الجوع وذلك يحصل بالطعم لان حقه ينقطع به و يجوز أداء القيمة عن الكسوة كما يجوز عن الطعام عندنا خلافا للشافعى رحمه الله ولو دفع كسوة عشرة مساكين الى مسكين واحد فى عشرة أيام جاز عندنا وعند الشافعى لا يجوز الا عن مسكين واحد كما فى الاطعام ولو أطعم خمسة مساكين على وجه الاباحة و كسا خمسة مساكين فان أخرج ذلك على وجه المنصوص عليه لا يجوز لما ذكرنا أن الله تبارك وتعالى أوجب أحد شيئين فلا يجمع بينهما وان أخرجه على وجه القيمة فان كان الطعام أرخص من الكسوة أجزأه وان كانت الكسوة أرخص من الطعام لم يجزه لان الكسوة تمليك فجاز أن تكون بدلا عن الطعام ثم اذا كانت قيمة الكسوة مثل قيمة الطعام فقد أخرج الطعام وان كانت أغلى فقد أخرج قيمة الطعام و زيادة فجاز وصار كما لو أطعم خمسة مساكين طعام الاباحة وأدى قيمة طعام خمسة مساكين طعام الاباحة وأداء قيمة طعام خمسة مساكين أو أكثر جاز عندنا كذا هذا واذا كانت قيمة الكسوة أرخص من قيمة الطعام لا يكون الطعام بدلا عنه لان طعام الاباحة ليس بتمليك فلا يقوم مقام التمليك وهو الكسوة لان الشىء لا يقوم مقام ما هو فوقه ولو أعطى خمسة مساكين وكسا خمسة جاز وجعل أغلاهما ثمنا بدلا عن أرخصهما ثمنا أيهما كان لان كل واحد منهما تمليك فجاز أن

يكون أحدهما بدلا عن الآخر (وأما) مصرف الكسوة فمصرفها هو مصرف الطعام وقد ذكرناه (وأما) التحرير فلجوازه عن التكفير شرائط تختص به (منها) ملك الرقبة حتى لو أعتق انسان عبده عن كفارة الغير لا يجوز وان أجاز ذلك الغير لان الاعتاق وقع عنه فلا يتوقف على غيره وكذا لو قال لغيره أعتق عبدك عن كفارتي فأعتق لم يجز عن كفارته وعتق العبد ولو قال أعتق عبدك على ألف درهم عن كفارة يميني فأعتقه أجزأه عند أصحابنا الثلاثة لان العتق يقع عن الآخر وعند زفر رحمه الله لا يجزيه لان العتق عن المأمور ولو قال اعتق عبدك عني عن كفارة يميني ولم يذكر البدل لم يجزه عن الكفارة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العتق يقع عن الآمر والمسألة قد مرت في كتاب الولاء فرق بين هذا وبين الكسوة والاطعام ان هناك يجزيه عن الكفارة وان لم يذكر البدل وعن الاعتاق لا يجوز عندهما (ووجهه) أن التمليك بغير بدل هبة ولا جواز لها بدون القبض ولم يوجد القبض في الاعتاق ووجد في الاطعام والكسوة لان قبض الفقير يقوم مقام قبض المكفر (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة للمعتق وهو أن تكون كلها ملك المعتق وان شئت قلت ومنها حصول كمال العتق للرقبة بالاعتاق لان التحرير المطلق مضافا الى الرقبة لا يتحقق بدونه وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا بينه وبين رجل انه لا يجزئه عن الكفارة لان اعتاق عبد بين رجلين يوجب تفريق العتق في شخصين فلا يحصل لكل واحد منهما عتق كامل لانعدام كمال الملك له في كل واحد منهما فالواجب عليه صرف عتق كامل الى شخص واحد فاذا فرقه لا يجوز كما لو أعطى طعام مسكين واحد الى مسكينين بخلاف شاتين بين رجلين ذبحاهما عن نسكيهما أجزأهما لان الشركة في النسك جائزة اذا أصاب كل واحد منهما مقدار شاة بدليل انه يجوز بدنة واحدة لسبعة فكان الشرط في باب النسك أن يكون مقدار شاة وقد وجد وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا بينه وبين غيره وهو موسر أو معسر انه لا يجوز عن الكفارة عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والعتق لان العتق يتجزأ عنده وعندهما ان كان موسرا يجوز وان كان معسرا لا يجوز لانه تجب السعاية على العبد اذا كان معسرا فيكون اعتاقا بعوض واذا كان موسرا لا سعاية على العبد (ومنها) أن تكون الرقبة كاملة الرق لان المأمور به تحرير رقبة مطلقا والتحرير تخليص عن الرق فيقتضي كون الرقبة مرقوقة مطلقة ونقصان الرق فوات جزء منه فلا تكون الرقبة مرقوقة مطلقة فلا يكون تحريرها مطلقا فلا يكون آتيا بالواجب وعلى هذا يخرج تحرير المدبر وأم الولد عن الكفارة انه لا يجوز لنقصان رقهما لثبوت الحرية من وجه أو حق الحرية بالتدبير والاستيلاد حتى امتنع تمليكها بالبيع والهبة وغيرهما (واما) تحرير المكاتب عن الكفارة فجائز استحسانا اذا كان لم يؤد شيأ من بدل الكتابة والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله ولو كان أدى شيأ من بدل الكتابة لا يجوز تحريره عن الكفارة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهما انه يجوز ولو عجز عن أداء بدل الكتابة ثم أعتقه جاز بلا خلاف سواء كان أدى شيأ من بدل الكتابة أو لم يؤد (وجه) القياس ان الاعتاق ازالة الملك وملك المولى من المكاتب زائل اذ الملك عبارة عن القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية من الاستخدام والاستفراش والبيع والهبة والاجارة ونحوها وهذه القدرة زائلة عن المولى في حق المكاتب فانه لا يملك شيأ من ذلك عليه والدليل انه لو قال كل مملوك لي حر لا يدخل فيه المكاتب وكذا لو وطئت المكاتبة بشبهة كان العقر لها لا للمولى واذا جنى على المكاتب كان الارش له لا للمولى فدل ان ملكه زائل فلا يجوز اعتاقه عن الكفارة ولهذا تسلم له الاولاد والاكساب ولا يسلم ذلك بالاعتاق المبتدأ فدل ان العتق يثبت بجهة الكتابة (ولنا) لبيان ان الملك ملك المولى النص ودلالة الاجماع والمعقول (اما) النص فقول النبي عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والعبد المضاف الى العباد اسم للمملوك من بني آدم في عرف اللغة والشرع ولهذا لو قال كل عبد لي فهو حر دخل فيه المكاتب والله جل وعلا أعلم (وأما) دلالة الاجماع فانه لو أدى بدل الكتابة أو أبرأه المولى عن البدل يعتق ولا عتق فيما لا يملكه ابن آدم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم

(وأما) المعقول فهو ان الملك كان ثابتا له فيه قبل العقد والعارض ليس الا لفظ الكتابة وليس فيه ما ينبئ عن زوال الملك لان الكتابة تستعمل فى الفرض والتقدير وفى الكتابة المعروفة وشئ من ذلك لا ينبئ عن زوال الملك فيبقى الملك على ما كان قبل العقد (وأما) قوله ان الملك هو القدرة الشرعية على التصرفات الحسية والشرعية وهى غير ثابتة للمولى فممنوع ان الملك هو القدرة بل هو اختصاص المالك بالمملوك فملك العين هو اختصاص المالك بالعين وكونه أحق بالعين من غيره ثم قد يظهر أثره فى جواز التصرفات وقد لا يظهر مع قيامه فى نفسه لقيام حق الغير فى المحل حقا محترما كالمرهون والمستأجر وانما لا يدخل فى اطلاق قوله كل مملوك لى فهو حر لا لخلل فى الملك لانه لا خلل فيه كما بينا بل لخلل فى الاضافة لكونه حرا يدا فلم يدخل تحت مطلق الاضافة حتى لو نوى يدخل وسلامة الاولاد والاكساب ممنوعة فى الفرع والرواية فيما أدى بدل الكتابة أو أبرأه عنها كذا قال أستاذ أستاذى الشيخ الامام فخر الاسلام على بن محمد البزدوى ولئن سلمنا سلامة الاكساب والاولاد ولكن لم قلتم ان السلامة تثبت حكما لثبوت العتق بجهة الكتابة السابقة بل تثبت حكما لثبوت العتق بالاعتاق الموجود فى حال الكتابة بدليل انه يسقط عنه بدل الكتابة و بدل الكتابة لا يسقط بثبوت العتق بجهة الكتابة بل يتقرر به (وأما) اذا كان أدى بعض بدل الكتابة فاعتقه عن الكفارة فممنوع على رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه (وأما) التخريج على ظاهر الرواية فظاهر أيضا لانه لما أدى بعض بدل الكتابة فقد حصل للمولى عوض عن بعض رقبته فيكون فى معنى الاعتاق بعوض وذا لا يجزئ عن التكفير كذا هذا والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق نصف عبده عن كفارة ثم أعتق النصف الآخر عنها انه يجزئه (اما) على أصل أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فظاهر لان اعتاق النصف اعتاق الكل لان العتق لا يتجزأ فلم يتطرق الى الرق نقصان (واما) على أصل أبى حنيفة رضى الله عنه فالعتق وان كان متجزئا وحصل باعتاق النصف الاول نقصان لكن النقصان حصل مصروفا الى الكفارة فى رق النصف الآخر لاستحقاقه حق الحرية بتخريجه الى الاعتاق لانه حين ما أعتق النصف الاول كان النصف الآخر على ملكه فامكن صرف النقصان الى الكفارة فصار كأنه أعتق النصف وبعض النصف الكامل وهو ما انتقص منه ثم أعتق البقية فى المرة الثانية بخلاف ما اذا أعتق نصف عبد بينه وبين آخر وهو موسر فضمنه صاحبه نصف قيمته ثم أعتق النصف الآخر انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان اعتاق النصف الاول أوجب نقصانا فى النصف الباقى ولا يمكن أن يجعل كأنه صرف ذلك النقصان الى الكفارة لانه لا ملك له فى ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ثم بعد أداء النصف الباقى صرفه الى الكفارة وهو ناقص فيصير فى الحقيقة معتقا عن الكفارة عبدا الا قدر النقصان (وأما) على أصلهما فيجوز فى المسئلتين لان العتق عندهما لا يتجزأ فكان اعتاق البعض اعتاق الكل دفعة واحدة فلا يتمكن نقصان الرق فى الرقبة فيجوز ولو أعتق عبدا حلال الدم جاز لان حل الدم لا يوجب نقصانا فى الرق فكان كامل الرق وانما وجب عليه حق فأشبه العبد المديون (ومنها) أن تكون كاملة الذات وهو أن لا يكون جنس من أجناس منافع أعضائها فائتا لانه اذا كان كذلك كانت الذات هالكة من وجه فلا يكون الموجود تحرير رقبة مطلقة فلا يجوز عن الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبدا مقطوع اليدين أو الرجلين أو مقطوع يد واحدة ورجل واحدة من جانب واحد أو يابس الشق مفلوجا أو مقعدا أو زمنا أو أشل اليدين أو مقطوع الابهامين من اليدين أو مقطوع ثلاثة أصابع من كل يد سوى الابهامين أو أعمى أو مفقود العينين أو معتوها مغلوبا أو أخرس أن لا يجوز عن الكفارة لفوات جنس من أجناس المنفعة وهى منفعة البطش بقطع اليدين وشللهما وقطع الابهامين لان قطع الابهامين يذهب بقوة اليد فكان كقطع اليدين وقطع ثلاثة أصابع من كل يد لان منفعة البطش تفوت به ومنفعة المشى بقطع الرجلين وبقطع يد ورجل من جانب والزمانة والفلج ومنفعة النظر بالعمى وفقء العينين ومنفعة الكلام بالخرس ومنفعة العقل بالجنون ويجوز اعتاق الاعور ومفقود احدى العينين والاعشى

ومقطوع يدواحدة أو رجل واحدة ومقطوع يد و رجل من خلاف وأشل يد واحدة ومقطوع الاصبعين من كل يد سوى الابهامين والعينين والخصى والمجبوب والخنثى والامة الرتقاء والقرناء وما يمتنع من الجماع لان منفعة الجنس في هذه الاعضاء قائمة ويجوز مقطوع الاذنين لان منفعة السمع قائمة وانما الاذن الشاخصة للزينة وكذا مقطوع الانف لان الفائت هو الجمال (وأما) منفعة الشم فقائمة وكذا ذاهب شعر الرأس واللحية والحاجبين لان الشعر للزينة وكذا مقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل لان منفعة الجنس قائمة وانما عدمت الزينة ولا يجزئ ساقط الاسنان لانه لا يقدر على الاكل ففاتت منفعة الجنس (وأما) الاصم فالقياس أن لا يجوز لفوات جنس المنفعة وهي منفعة السمع فأشبه الاعمى ويجوز استحسانا لان أصل المنفعة لا يفوت بالصمم وانما ينقص لان ما من أصم الا و يسمع اذا بولغ في الصياح الا اذا كان أخرس كذا قيل فلا يفوت بالصمم أصل المنفعة بل ينتقص ونقصان منفعة الجنس لا يمنع جواز التكفير وقيل هذا اذا كان في اذنه وقر فاما اذا كان بحال لو جهر بالصوت في اذنه لا يسمع لا يجوز ولو أعتق جنينا لم يجزه عن الكفارة وان كان ولد بعد يوم جنايته لان المأمور به تحرير رقبة والجنين لا يسمى رقبة ولانه لا يبصر فأشبه الاعمى (ومنها) أن يكون الاعتاق بغير عوض فان كان بعوض لا يجوز لان الكفارة عبارة عما يكون شاقا على البدن فاذا قابله عوض لا يشق عليه اخراجه عن ملكه ولما ذكرنا ان كفارة اليمين انما تجب لاذاقة النفس مرارة زوال الملك بمقابلة ما استوفت من الشهوات في غير حلها وهذا المعنى لا يحصل اذا كان بعوض لان الزائل الى عوض قائم معنى فلا يتحقق ما وضعت له هذه الكفارة وعلى هذا يخرج ما اذا أعتق عبده على مال عن كفارته انه لا يجوز وان أبرأه بعد ذلك عن العوض لا يجوز أيضا لانه وقع لا عن جهة التكفير ومضى على وجه فلا ينقلب كفارة بعد ذلك كما لو أعتق بغير نية الكفارة ثم نوى بعد العتق ولو كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو معسر عن كفارته لا يجزيه لان للشريك أن يستسعى العبد في نصيبه بالاتفاق فيصير في معنى الاعتاق بعوض ولو كان في رقبة العبد دين فأعتقه المولى عن كفارته فاختار الغرماء استسعاء العبد أجزأه عن الكفارة لان السعاية ليست بعوض عن الرق وانما هي لدين لزم العبد قبل الحرية فيسعى وهو حر فلا يمنع جواز الاعتاق عن الكفارة وكذا لو أعتق عبدا رهنا فسعى العبد في الدين فانه يرجع على المولى و يجوز عن الكفارة لان السعاية ليست بدل الرق لانها ما وجبت للتخريج الى الاعتاق لحصول العتق بالاعتاق السابق وانما هي لدين لزمه عن المولى وان كان موسرا لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه لنقصان الملك والرق أيضا على ما بينا ألا ترى أنه لا يعتق الا نصفه عنده لتجزي العتق عنده وعندهما لا يجوز لان العتق لا يتجزأ عندهما فيتكامل ولا يتكامل الملك فيتملك نصيب الشريك بمقتضى الاعتاق و يسار المعتق يمنع استسعاء العبد عندهما فعري الاعتاق عن العوض فجاز ولو أعتق عبدا في مرض موته عن الكفارة وليس له مال غيره لم يجزه عن الكفارة لانه يعتق ثلثه و يسعى في ثلثيه فيصير بعضه ببدل و بعضه بغير بدل فلم يجز والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الحنث في كفارة اليمين فلا يجوز تكفير اليمين قبل الحنث وهو قول الشافعي رحمه الله في التكفير بالصوم (وأما) التكفير بالمال فجائز عنده والمسئلة مرت في كتاب الايمان (وأما) الموت فليس بشرط في كفارة القتل حتى يجوز التكفير فيها بعد الجرح قبل الموت وقد ذكرنا وجه الفرق بين الكفارتين في كتاب الايمان والله عز وجل الموفق ويستوي في التحرير الرقبة الكبيرة والصغيرة والذكر والانثى لاطلاق اسم الرقبة في النصوص فان قيل الصغير لا منافع لاعضائه فينبغي أن لا يجوز اعتاقه عن الكفارة كالزمن وكذا لا يجزي اطعامه عن الكفارة فكذا اعتاقه فالجواب عن الاول أن أعضاء الصغير سليمة لكنها ضعيفة وهي بعرض أن تصير قوية فأشبه المريض وهذا لان سلامة الاعضاء اذا كانت ثابتة يشق عليه اخراجه عن ملكه أكثر مما يشق عليه اخراج فائت جنس المنفعة وذا جائز فهذا أولى (وأما) اطعامه عن الكفارة فجائز على طريق التمليك وانما لا يجوز على سبيل الاباحة لانه لا يأكل أكلا معتادا ويستوي فيه الرقبة المؤمنة

والكافرة وكذا فى كفارة الظهار عندنا (وأما) فى كفارة القتل فلا يجوز فيها الا المؤمنة بالاجماع وقال الشافعى رضى الله عنه لا يجوز فى الكفارات كلها الا المؤمنة والاصل فيه أن النص الوارد فى كفارة اليمين وكفارة الظهار مطلق عن قيد ايمان الرقبة والنص الوارد فى كفارة القتل مقيد بقيد الايمان فحمل الشافعى رحمه الله المطلق على المقيد ونحن أجرينا المطلق على اطلاقه والمقيد على تقييده (وجه) قوله أن المطلق فى معنى المجمل والمقيد فى معنى المفسر والمجمل يحمل على المفسر ويصير النصان فى معنى كنص المجمل والمفسر ولهذا حمل المطلق على المقيد فى باب الشهادة والزكاة وكفارة اليمين حتى شرطت العدالة لوجوب قبول الشهادة والاسامة لوجوب الزكاة وشرط التتابع فى صوم كفارة اليمين كذا ههنا (ولنا) وجهان أحدهما طريق مشايخنا بسمرقند وهو ان حمل المطلق على المقيد ضرب النصوص بعضها فى بعض وجعل النصين كنص واحد مع امكان العمل بكل واحد منهما وهذا لا يجوز بخلاف المجمل لانه غير ممكن العمل بظاهره والثانى طريق مشايخ العراق وهو أن حمل المطلق على المقيد نسخ للاطلاق لان بعد ورود النص المقيد لا يجوز العمل بالمطلق بل ينسخ حكمه وليس النسخ الا بيان منتهى مدة الحكم الاول ولا يجوز نسخ الكتاب بالقياس ولا بخبر الواحد وقوله المطلق فى معنى المجمل ممنوع لان المجمل لا يمكن العمل بظاهره والمطلق يمكن العمل بظاهره إذ هو اسم لما يتعرض للذات دون الصفات فيمكن العمل باطلاقه من غير الحاجة الى البيان فلا ضرورة الى حمل المطلق على المقيد وفى الموضع الذى حمل انما حمل لضرورة عدم الامكان وذلك عند اتحاد السبب والحكم لاستحالة ثبوت حكم واحد فى زمان واحد مطلقا ومقيدا فيخرج على البيان وعلى الناسخ وعلى الاختلاف المعروف بين مشايخنا أن تقييد المطلق بيان أو نسخ وعند اختلاف السبب لا ضرورة فلا يحمل والله عز وجل أعلم وبه تبين أن شرط الايمان فى كفارة القتل ثبت نصا غير معقول المعنى فيقتصر على مورد النص ويمكن أن يقال ان تحرير رقبة موصوفة بصفة الايمان فى باب القتل ما وجب بطريق التكفير لان الكفارة كاسمها ستارة للذنوب والمؤاخذات فى الآخرة والله سبحانه وتعالى وضع المؤاخذة فى الخطأ بدعاء النبى عليه أشرف التحية ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا وقال النبى عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه وانما وجبت بطريق الشكر لسلامة نفسه فى الدنيا عن القصاص وفى الآخرة عن العقاب لان حفظ النفس عن الوقوع فى الخطأ مقدور فى الجملة بالجهد والجد والتكلف فجعل الله سبحانه وتعالى تحرير رقبة موصوفة بكونها مؤمنة شكراً لتلك النعمة والتحرير فى اليمين والظهار يجب بطريق التكفير اذ لم يعرف ارتفاع المؤاخذة الثابتة ههنا فوجب التحرير فيهما تكفيراً فلا يستقيم القياس فان قيل اذا حنث فى يمينه خطأً كان التحرير شكراً على ما قلتم فينبغى أن يقاس على القتل فى ايجاب تحرير رقبة مؤمنة فالجواب أنه لا يمكن القياس فى هذه الصورة أيضا لما ذكرنا أن تحرير المؤمن جعل شكراً لنعمة خاصة وهى سلامة الحياة فى الدنيا مع ارتفاع المؤاخذة فى الآخرة وفى باب اليمين النعمة هى ارتفاع المؤاخذة فى الآخرة فحسب إذ ليس ثمة موجب دنيوى يسقط عنه فكانت النعمة فى باب القتل فوق النعمة فى باب اليمين وشكر النعمة يجب على قدر النعمة كالجزاء على قدر الجناية ولا يعلم مقدار الشكر الا من علم مقدار النعمة وهو الله سبحانه وتعالى فلا تمكن المقايسة فى هذه الصورة أيضاً والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) كفارة الظهار والافطار والقتل فأما التحرير فجميع ما ذكرنا أنه شرط جوازه فى كفارة اليمين فهو شرط جوازه فى كفارة الظهار والافطار والقتل وما ليس بشرط لجواز التحرير فى كفارة اليمين فليس بشرط لجوازه فى تلك الكفارات الا الايمان الرقبة خاصة فانه شرط الجواز فى كفارة القتل بالاجماع وكذا كمال العتق قبل المسيس فى كفارة الظهار وهذا تفريع على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه خاصة حتى لو أعتق نصف عبده ثم وطئ ثم أعتق ما بقى فعليه أن يستقبل عتق الرقبة فى قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى لان العتق يتجزأ عند أبى حنيفة عليه الرحمة فلم يوجد تحرير كامل قبل المسيس فيلزمه الاستقبال (وأما) الصوم فقدر الصوم فى كفارة اليمين ثلاثة أيام لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وكذا

فى كفارة الحلق لحديث كعب بن عجرة رضى الله عنه ذكرناه فى كتاب الحج وفى القتل والظهار والافطار صوم شهرين لورود النص به (وأما) شرط جواز هذه الصيامات فلجواز صيام الكفارة شرائط مخصوصة منها النية من الليل حتى لا يجوز بنية من النهار بالاجماع لانه صوم غير عين فيستدعى وجوب النية من الليل لما ذكرنا فى كتاب الصوم (ومنها) التتابع فى غير موضع الضرورة فى صوم كفارة الظهار والافطار والقتل بلا خلاف لان التتابع منصوص عليه فى هذه الكفارات الثلاثة قال الله تبارك وتعالى فى كفارتى القتل والافطار فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين وقال النبى عليه الصلاة والسلام للاعرابى صم شهرين متتابعين بخلاف صوم قضاء رمضان لان الله سبحانه وتعالى أمر به من غير شرط التتابع بقوله تبارك وتعالى فمن كان منكم مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر (وأما) صوم كفارة اليمين فيشترط فيه التتابع أيضاً عندنا وعند الشافعى لا يشترط بل هو بالخيار ان شاء تابع وان شاء فرق واحتج بظاهر قوله تبارك وتعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام من غير شرط التتابع (ولنا) قراءة عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما فصيام ثلاثة أيام متتابعات وقراءته كانت مشهورة فى الصحابة رضى الله تعالى عنهم فكانت بمنزلة الخبر المشهور لقبول الصحابة رضى الله عنهم إياها تفسيرا للقرآن العظيم ان لم يقبلوها فى كونها قرآناً فكانت مشهورة فى حق حكم الصحابة رضى الله عنهم إياها فى حق وجوب العمل فكانت بمنزلة الخبر المشهور والزيادة على الكتاب الكريم بالخبر المشهور جائزة بلا خلاف ويجوز بخبر الواحد وكذا عند بعض مشايخنا على ما عرف فى أصول الفقه وعلى هذا يخرج ما اذا أفطر فى خلال الصوم انه يستقبل الصوم سواء أفطر لغير عذر أو لعذر مرض أو سفر لفوت شرط التتابع وكذلك لو أفطر يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فانه يستقبل الصيام سواء أفطر فى هذه الايام أو لم يفطر لان الصوم فى هذه الايام لا يصلح لاسقاط ما فى ذمته لان ما فى ذمته كامل والصوم فى هذه الايام ناقص لمجاورة المعصية إياه والناقص لا ينوب عن الكامل ولو كانت امرأة فصامت عن كفارة الافطار فى رمضان أو عن كفارة القتل فحاضت فى خلال ذلك لا يلزمها الاستقبال لانها لا تجد صوم شهرين لا تحيض فيهما فكانت معذورة وعليها أن تصلى أيام القضاء بعد الحيض بما قبله حتى لو لم تصل وأفطرت يوماً بعد الحيض استقبلت لانها تركت التتابع من غير ضرورة ولو نفست تستقبل لعدم الضرورة لانها تجد شهرين لا نفاس فيهما ولو كانت فى صوم كفارة اليمين فحاضت فى خلال ذلك تستقبل لانها تجد ثلاثة أيام لا حيض فيها فلا ضرورة الى سقوط اعتبار الشرط ولو جامع امرأته التى لم يظاهر منها بالنهار ناسياً أو بالليل عامداً أو ناسياً أو أكل بالنهار ناسياً لا يستقبل لان الصوم لم يفسد فلم يفت شرط التتابع (ومنها) عدم المسيس فى الشهرين فى صوم كفارة الظهار سواء فسد الصوم أولا فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف الشرط عدم فساد الصوم حتى لو جامع امرأته التى ظاهر منها بالليل عامداً أو ناسياً أو بالنهار ناسيا استقبل عندهما وعند أبى يوسف يمضى على صومه وبه أخذ الشافعى (وجه) قول أبى يوسف ان هذا الجماع لا ينقطع به التتابع لأنه لا يفسد الصوم فلا يجب الاستقبال كما لو جامع امرأة أخرى ثم ظاهر منها والصحيح قولنا لان المأمور به صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما بقوله فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فاذا جامع فى خلالهما فلم يأت بالمأمور به ولو جامعها بالنهار عامداً استقبل بالاتفاق (أما) عندهما فلوجود المسيس (وأما) عنده فلانقطاع التتابع لوجود فساد الصوم (وأما) وجوب كفارة الحلق فصاحبه بالخيار ان شاء فرق لاطلاق قوله تبارك وتعالى ففدية من صيام أو صدقة أو نسك من غير فصل (وأما) الاطعام فى كفارتى الظهار والافطار فالكلام فى جوازه صفة وقدراً ومحلا كالكلام فى كفارة اليمين وقد ذكرناه وعدم المسيس فى خلال الاطعام فى كفارة الظهار ليس بشرط حتى لو جامع فى خلال الاطعام لا يلزمه الاستئناف لان الله تبارك وتعالى لم يشترط ذلك فى هذه الكفارة لقوله سبحانه وتعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا من غير شرط ترك المسيس الا أنه منع من الوطء قبله لجواز أن يقدر على الصوم أو الاعتاق فتنتقل الكفارة اليهما فيتبين ان الوطء كان حراما على ما ذكرنا فى كتاب الظهار

والكلام فى الاطعام فى كفارة الحلق كالكلام فى كفارة اليمين الا فى عدد من يطعم وهم ستة مساكين لحديث كعب ابن عجرة رضى الله عنه فأما فى الصفة والقدر والمحل فلا يختلفان حتى يجوز فيه التمليك والتمكين وهذا قول أبى يوسف وقال محمد لا يجوز فيها الا التمليك كذا حكى الشيخ القدورى رحمه الله الخلاف وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى رحمه الله قول أبى حنيفة مع أبى يوسف (وجه) قول محمد رحمه الله ان جواز التمكين فى طعام كفارة اليمين لورود النص بلفظ الاطعام اذ هو فى عرف اللغة اسم لتقديم الطعام على وجه الاباحة والنص ورد ههنا بلفظ الصدقة وانها تقتضى التمليك لكنه معلل بدفع الحاجة والتصدق تمليك فأشبه الزكاة والعشر (ولهما) ان النص وان ورد بلفظ الصدقة وانها تقتضى التمليك لكنه معلل بدفع الحاجة وذا يحصل بالتمكين فوق ما يحصل بالتمليك على ما بينا ولهذا جاز دفع القيمة وان فسرت الصدقة بثلاثة أصوع فى حديث كعب بن عجرة رضى الله عنه ولو وجب عليه كفارة يمين فلم يجد ما يعتق ولا ما يكسو ولا ما يطعم عشرة مساكين وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم فأراد أن يطعم ستة مساكين عن صيام ثلاثة أيام لم يجز الا أن يطعم عشرة مساكين لان الصوم بدل والبدل لا يكون له بدل فاذا عجز عن البدل تأخر وجوب الاصل وهو أحد الاشياء الثلاثة الى وقت القدرة وان كان عليه كفارة القتل أو الظهار أو الافطار ولم يجد ما يعتق وهو شيخ كبير لا يقدر على الصوم ولا يجد ما يطعم فى كفارة الظهار والافطار يتأخر الوجوب الى أن يقدر على الاعتاق فى كفارة القتل وعلى الاعتاق أو الاطعام فى كفارة الظهار والافطار لان ايجاب الفعل على العاجز محال والله أعلم

## ﴿كتاب الاشربة﴾

الكلام فى هذا الكتاب فى مواضع فى بيان أسماء الاشربة المعروفة المسكرة وفى بيان معانيها وفى بيان أحكامها وفى بيان حد السكر (أما) أسماؤها فالخمر والسكر والفضيخ ونقيع الزبيب والطلاء والباذق والمنصف والمثلث والجمهورى وقد يسمى أبو سقيا والخليطان والمزر والجعة والبتع (أما) بيان معانى هذه الاسماء أما الخمر فهو اسم للنىء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وهذا عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد عليهما الرحمة ماء العنب اذا غلا واشتد فقد صار خمرا وترتب عليه أحكام الخمر قذف بالزبد أو لم يقذف به (وجه) قولهما أن الركن فيها معنى الاسكار وذا يحصل بدون القذف بالزبد (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله أن معنى الاسكار لا يتكامل الا بالقذف بالزبد فلا يصير خمرا بدونه (وأما) السكر فهو اسم للنىء من ماء الرطب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لم يقذف على الاختلاف وأما الفضيخ فهو اسم للنىء من ماء البسر المنضوخ وهو المدقوق اذا غلا واشتد وقذف بالزبد أو لا على الاختلاف (وأما) نقيع الزبيب فهو اسم للنىء من ماء الزبيب المنقوع فى الماء حتى خرجت حلاوته اليه واشتد وقذف بالزبد أو لا على الخلاف (وأما) الطلاء فهو اسم للمطبوخ من ماء العنب اذا ذهب أقل من الثلثين وصار مسكرا ويدخل تحت الباذق والمنصف لان الباذق هو المطبوخ أدنى طبخة من ماء العنب والمنصف هو المطبوخ من ماء العنب اذا ذهب نصفه وبقى النصف وقيل الطلاء هو المثلث وهو المطبوخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا (وأما) الجمهورى فهو المثلث يصب الماء بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ قدر الذاهب وهو الثلثان ثم يطبخ أدنى طبخة ويصير مسكرا (وأما) الخليطان فهما التمر والزبيب أو البسر والرطب اذا خلطا ونبذا حتى غليا واشتدا (وأما) المزر فهو اسم لنبيذ الذرة اذا صار مسكرا (وأما) الجعة فهو اسم لنبيذ الحنطة والشعير اذا صار مسكرا (وأما) البتع فهو اسم لنبيذ العسل اذا صار مسكرا هذا بيان معانى هذه الاسماء (وأما) بيان أحكام هذه الاشربة أما الخمر فيتعلق بها أحكام (منها) انه يحرم شرب قليلها وكثيرها الا عند الضرورة لانها محرمة العين فيستوى فى الحرمة قليلها وكثيرها (والدليل) على أنها محرمة العين قوله سبحانه وتعالى رجس من عمل الشيطان وصف سبحانه وتعالى الخمر بكونها رجسا

وغير المحرم لا يوصف به فهذا يدل على كونها محرمة فى نفسها وقوله عز من قائل انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة الآية فدل على حرمة السكر فحرمت عينها والسكر منها وقال عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب الا أنه رخص شربها عند ضرورة العطش أولا كراه قدر ماتندفع به الضرورة ولان حرمة قليلها ثبتت بالشرع المحض فاحتمل السقوط بالضرورة كحرمة الميتة ونحو ذلك وكذا لا يجوز الانتفاع بها للمداواة وغيرها لان الله تعالى لم يجعل شفاء نافيما حرم علينا ويحرم على الرجل أن يسقى الصغير الخمر فاذا سقاه فالاثم عليه دون الصغير لان خطاب التحريم يتناوله (ومنها) انه يكفر مستحلها لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب الكريم فكان منكر الحرمة منكراً للكتاب (ومنها) انه يحد شاربها قليلا أو كثيرا لاجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم على ذلك ولو شرب خمراً ممزوجا بالماء ان كانت الغلبة للخمر يجب الحد وان غلب الماء عليها حتى زال طعمها وريحها لا يجب لان الغلبة اذا كانت للخمر فقد بقى اسم الخمر ومعناها واذا كانت الغلبة للماء فقد زال الاسم والمعنى الا أنه يحرم شرب الماء الممزوج بالخمر لما فيه من أجزاء الخمر حقيقة وكذا يحرم شرب الخمر المطبوخ لان الطبخ لا يحل حراما ولو شربها يجب الحد لبقاء الاسم والمعنى بعد الطبخ ولو شرب دردى الخمر لا حد عليه الا اذا سكر لانه لا يسمى خمرا ومعنى الخمرية فيه ناقص لكونه مخلوطا بغيره فأشبه المنصف واذا سكر منه يجب حد السكر كما فى المنصف ويحرم شربه لما فيه من أجزاء الخمر ومن وجد منه رائحة الخمر أوقاء خمرا لا حد عليه لانه يحتمل انه شربها مكرها فلا يجب مع الاحتمال ولا حد على أهل الذمة وان سكروا من الخمر لانها حلال عندهم وعن الحسن بن زياد رحمه الله انهم يحدون اذا سكروا لان السكر حرام فى الاديان كلها (ومنها) ان حد شرب الخمر وحد السكر مقدر بثمانين جلدة فى الاحرار لاجماع الصحابة رضى الله عنهم وقياسهم على حد القذف حتى قال سيدنا على رضى الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون وبأربعين فى العبيد لان الرق منصف للحد كحد القذف والزنا قال الله تعالى جل وعلا فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب (ومنها) انه يحرم على المسلم تمليكها وتملكها بسائر أسباب الملك من البيع والشراء وغير ذلك لان كل ذلك انتفاع بالخمر وانها محرمة الانتفاع على المسلم وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال يا أهل المدينة ان الله تبارك وتعالى قد أنزل تحريم الخمر فمن كتب هذه الآية وعنده شىء منها فلا يشربها ولا يبيعها فسكبوها فى طرق المدينة الا أنها تورث لان الملك فى الموروث ثبت شرعا من غير صنع العبد فلا يكون ذلك من باب التمليك والتملك والخمر ان لم تكن متقومة فهى مال عندنا فكانت قابلة للملك فى الجملة (ومنها) انه لا يضمن متلفها اذا كانت لمسلم لانها ليست متقومة فى حق المسلم وان كانت مالا فى حقه واتلاف مال غير متقوم لا يوجب الضمان وان كانت لذمى يضمن عندنا خلافا للشافعى رحمه الله وهى من مسائل الغصب (ومنها) أنها نجسة غليظة حتى لو أصاب ثوبا أكثر من قدر الدرهم يمنع جواز الصلاة لان الله تبارك وتعالى سماها رجسا فى كتابه الكريم بقوله رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه ولو بل بها الحنطة فغسلت وجففت وطحنت فان لم يوجد منها طعم الخمر ورائحتها يحل أكله وان وجد لا يحل لان قيام الطعم والرائحة دليل بقاء أجزاء الخمر وزوالها دليل زوالها ولو سقيت بهيمة منها ثم ذبحت فان ذبحت ساعة ماسقيت به تحل من غير كراهة لانها فى أمعائها بعد فتطهر بالغسل وان مضى عليها يوم أو أكثر تحل مع الكراهة لاحتمال أنها تفرقت فى العروق والاعصاب (ومنها) اذا تخللت بنفسها يحل شرب الخل بلا خلاف لقوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل وانما يعرف التخلل بالتغير من المرارة الى الحموضة بحيث لا يبقى فيها مرارة أصلا عند أبى حنيفة رضى الله عنه حتى لو بقى فيها بعض المرارة لا يحل وعند أبى يوسف ومحمد تصير خلا بظهور قليل الحموضة فيها لان من أصل أبى حنيفة رحمه الله ان العصير من ماء العنب لا يصير خمرا الا بعد تكامل معنى الخمرية فيه فكذا الخمر لا يصير خلا الا بعد تكامل معنى الخلية فيه وعندهما يصير خمرا بظهور دليل الخمرية ويصير خلا بظهور دليل الخلية فيه هذا اذا تخللت بنفسها فاما اذا خللها

صاحبها بعلاج من خل أوملح أوغيرهما فالتخليل جائز والخل حلال عندنا وعند الشافعى لايجوز التخليل
ولايحل الخل وان خللها بالنقل من موضع الى موضع فلاشك أنه يحل عندنا وللشافعى رحمه الله قولان واحتج
بما روى ان بعد نزول تحريم الخمر كانت عند أبى طلحة الانصارى رحمه الله خمور لايتام فجاء الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم وقال ما نصنع بها يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ارقها فقال أبو طلحة أفلا أخللها قال عليه
الصلاة والسلام لا نص عليه الصلاة والسلام على النهى عن التخليل وحقيقة النهى للتحريم ولان فى الاشتغال
بالتخليل احتمال الوقوع فى الفساد و يتجنس الظاهر منه ضرورة وهذا لايجوز بخلاف ما اذا تخللت بنفسها (ولنا) ما
روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال أيما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر اذا تخلل فيحل فحقق عليه الصلاة والسلام
التخليل وأثبت حل الخل شرعا ولان التخليل سبب لحصول الخل فيكون مباحا استدلالا بما اذا أمسكها حتى
تخللت والدليل على أنه سبب لحصول الخل ان بهذا الصنع صار المائع حامضاً بحيث لا يبين فى الذوق أثر المرارة فلا
يخلو اما ان كان ذلك لغلبة الحموضة المرارة مع بقائها فى ذاتها واما ان كان لتغير الخمر من المرارة الى الحموضة لا سبيل الى
الاول لانه لا حموضة فى الملح لتغلب المرارة وكذا بالقاء حلو قليل يصير حامضاً فى مدة قليلة لا تتخلل بنفسها عادة
والقليل لا يغلب الكثير فتعين ان ظهور الحموضة باجراء الله تعالى العادة على أن مجاورة الخل يغيرها من المرارة الى الحموضة
فى مثل هذا الزمان فثبت ان التخليل سبب لحصول الخل فيكون مباحا لانه حينئذ يكون اكتساب مال
متقوم عندنا وعنده يكون اكتساب المال وكل ذلك مشروع (وأما) الحديث فقد روى أن أبا طلحة رحمه الله لما قال
أفلا أخللها قال عليه الصلاة والسلام نعم فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج على أنه يحمل على النهى عن التخليل
لمعنى فى غيره وهو دفع عادة العامة لان القوم كانوا حديثى العهد بتحريم الخمر فكانت بيوتهم لا تخلو عن خمر وفى البيت
غلمان وجوارى وصبيان وكانوا ألفوا شرب الخمر وصار عادة لهم وطبيعة والنزوع عن العادة أمر صعب فقيم البيت
ان كان ينزجر عن ذلك ديانة فقل ما يسلم الاتباع عنها لو أمر بالتخليل اذ لا يتخلل من ساعتها بل بعد وقت معتبر
فيؤدى الى فساد العامة وهذا لايجوز وقد انعدم ذلك المعنى فى زماننا ليقرر التحريم و يألف الطبع تحريمها حملناه على
هذا دفعاً للتناقض عن الدليل و به تبين ان ليس فيما قلناه احتمال الوقوع فى الفساد وقوله تنجيس الظاهر من غير
ضرورة نعم لكن لحاجة وانه جائز كدبغ جلد الميتة والله سبحانه وتعالى أعلم ثم لا فرق فى ظاهر الرواية بين ما اذا
القى فيها شيئا قليلا من الملح أو السمك أو الخل أو كثيراً حتى تحل فى الحالين جميعا و روى عن أبى يوسف أنه ان كان
الخل كثيرا لا يحل (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله ان الملقى من الخل اذا كان قليلا فهذا تخليل لظهور الحموضة
فيها بطريق التغيير فاما اذا كان كثيرا فهذا ليس بتخليل بل هو تغليب لغلبة الحموضة المرارة فصار كما لو القى فيها كثيرا
من الحلاوات حتى صار حلوا أنه لا يحل بل يتنجس الكل فكذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان كل ذلك تخليل أما اذا
كان قليلا فظاهر وكذلك اذا كان كثيرا لما ذكرنا ان ظهور الحموضة عند القاء الملح والسمك لا يكون بطريق
التغليب لانعدام الحموضة فيهما فتعين أن يكون بطريق التغيير وفى الكثير يكون أسرع والله سبحانه وتعالى أعلم
(وأما) السكر والفضيخ ونقيع الزبيب فيحرم شرب قليلها وكثيرها لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال
الخمر من هاتين الشجرتين وأشار عليه الصلاة والسلام الى النخلة والكرمة والتى ههنا هو المستحق لاسم الخمر فكان
حراما وسئل عبد الله بن مسعود رضى الله عنه عن التداوى بالسكر فقال ان الله تبارك وتعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم
عليكم وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال السكر هى الخمر ليس لها كنية و روى أنه لما سئل عن نقيع الزبيب قال
الخمر أحييتها أشار الى علة الحرمة وهى ان ايقاع الزبيب فى الماء احياء للخمر لان الزبيب اذا نقع فى الماء يعود عنباً
فكان نقيعه كعصير العنب ولان هذا لا يتخذ الا للسكر فيحرم شرب قليلها وكثيرها فان قيل اليس أن الله تبارك وتعالى
قال ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا و رزقا حسنا وهذا خرج مخرج تذكير النعمة والتنبيه على

شكرها فيدل على حلها فالجواب قيل ان الآية منسوخة بآية تحريم الخمر فلا يصح الاحتجاج بها والثانى ان لم تكن منسوخة فيحتمل ان ذلك خرج مخرج التغيير اى انكم تجعلون ما أعطاكم الله تعالى من ثمرات النخيل والاعناب التى هى حلال بعضها حراما وهو الشراب والبعض حلالا وهو الدبس والزبيب والخل ونحو ذلك نظيره قوله تعالى قل أرأيتم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا وعلى هذا كانت الآية حجة عليكم لان التغيير على الحرام لا على الحلال ولا يكفر مستحلها ولكن يضلل لان حرمتها دون حرمة الخمر لثبوتها بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وآثار الصحابة رضى الله عنهم على ما ذكرنا ولا يحد بشرب القليل منها لان الحد انما يجب بشرب القليل من الخمر ولم يوجد بالسكر لان حرمة السكر من كل شراب كحرمة الخمر لثبوتها بدليل مقطوع به وهو نص الكتاب العزيز قال الله تعالى جل شأنه فى الآية الكريمة انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون وهذه المعانى تحصل بالسكر من كل شراب فكانت حرمة السكر من كل شراب ثابتة بنص الكتاب العزيز كحرمة الخمر ولهذا جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الحرمتين فى قوله عليه الصلاة والسلام حرمت عليكم الخمر لعينها قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب ومعلوم أنه عليه الصلاة والسلام ما أراد به أصل الحرمة لان ذلك لا يقف على السكر فى كل شراب دل ان المراد منه الحرمة الكاملة التى لا شبهة فيها كحرمة الخمر وكذا جمع سيدنا على رضى الله عنه بينهما فى الحد فقال فيما أسكر من النبيذ ثمانون وفى الخمر قليلها وكثيرها ثمانون ويجوز بيعها عند أبى حنيفة مع الكراهة وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز أصلا (وجه) قولهما ان محل البيع هو المال وانه اسم لما يباح الانتفاع به حقيقة وشرعا ولم يوجد فلا يكون مالا فلا يجوز بيعها كبيع الخمر (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان البيع مبادلة شىء مرغوب فيه بشىء مرغوب فيه قال الله تبارك وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين وقد وجد ههنا لان الاشربة مرغوب فيها والمال اسم لشىء مرغوب فيه الا ان الخمر مع كونها مرغوبا فيها لا يجوز بيعها بالنص الذى روينا والنص ورد باسم الخمر فيقتصر على مورد النص وعلى هذا الخلاف اذا أتلفها انسان يضمن عنده وعندهما لا يضمن (ومنها) حكم نجاستها فقد روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انها لو أصابت الثوب أكثر من قدر الدرهم تمنع جواز الصلاة لانه يحرم شرب قليلها وكثيرها كالخمر فكانت نجاستها غليظة كنجاسة الخمر وروى انها لا تمنع أصلا لان نجاسة الخمر انما ثبتت بالشرع بقوله عز شأنه رجس من عمل الشيطان فيختص باسم الخمر وعن أبى يوسف رحمه الله انه اعتبر فيها الكثير الفاحش كما فى النجاسة الحقيقية لانها وان كانت محرمة الانتفاع لكن حرمتها دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يحد بشرب القليل منها فاوجب ذلك خفة فى نجاستها هذا الذى ذكرنا حكم النىء من عصير العنب ونبيذ التمر ونقيع الزبيب (وأما) حكم المطبوخ منها اما عصير العنب اذا طبخ أدنى طبخة وهو الباذق أو ذهب نصفه وبقى النصف وهو المنصف فيحرم شرب قليله وكثيره عند عامة العلماء رضى الله عنهم وروى بشر عن أبى يوسف رحمهما الله الاول أنه مباح وهو قول حماد بن أبى سليمان ويصح قول العامة لانه اذا ذهب أقل من الثلثين بالطبخ فالحرام فيه باق وهو ما زاد على الثلث والدليل على ان الزائد على الثلث حرام ما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه انه كتب الى عمار بن ياسر رضى الله عنه انى أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على ان الزائد على الثلث حرام وأشار الى أنه ما لم يذهب ثلثاه فالقوة المسكرة فيه قائمة وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام رضى الله عنهم ولم ينقل عنهم خلافه فكان اجماعا منهم ولا يحد شاربه ما لم يسكر واذا سكر حد ولا يكفر مستحله لما مر ويجوز بيعه عند أبى حنيفة وان كان لا يحل شربه وعندهما لا يحل شربه ولا يجوز بيعه على ما ذكرنا هذا اذا طبخ عصير العنب فأما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه

وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان حكمه حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب (وأما) المطبوخ من نبيذ التمر ونقيع الزبيب أدنى طبخة والمنصف منهما فيحل شربه ولا يحرم الا السكر منه وهو طاهر يجوز بيعه ويضمن متلفه وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما وعن محمد رحمه الله روايتان فى رواية لا يحل شربه لكن لا يجب الحد الا بالسكر وفى رواية قال لا أحرمه ولكن لا أشرب منه والحجج نذكر فى المثلث فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله يحتاجان الى الفرق بين المطبوخ أدنى طبخة والمنصف من عصير العنب (ووجه) الفرق لهما أن طبخ العصير على هذا الحد وهو أن يذهب أقل من ثلثيه لا أثر له فى العصر لان بعد الطبخ بقيت فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك يغلى ويشتد من غير أن يخلط بغيره كما كان قبل الطبخ لم يعمل فيه هذا النوع من الطبخ فبقى على حاله بخلاف نبيذ التمر ونقيع الزبيب لانه ليس فيه قوة الاسكار بنفسه ألا ترى أنه لو ترك على حاله ولا يخلط به الماء لم يحتمل الغليان أصلا كعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه والماء يغلى ويسكر اذا خلط فيه الماء واذا لم يكن مسكرا بنفسه بل بغيره جاز أن يتغير حاله بالطبخ بخلاف العصير على ماذكرنا والى هذا أشار سيدنا عمر رضى الله عنه فيما روينا عنه من قوله يذهب حرامه وريح جنونه يعنى اذا كان يغلى بنفسه من غير صب الماء عليه فقد بقى سلطانه واذا صار بحيث لا يغلى بنفسه بأن طبخ حتى ذهب ثلثاه فقد ذهب سلطانه والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا نقع الزبيب المدقوق فى الماء ثم طبخ نقيعه أدنى طبخة فأما اذا نقع الزبيب كما هو وصفى ماؤه ثم طبخ أدنى طبخة فقد روى محمد عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهم الله أنه لا يحل حتى يذهب بالطبخ ثلثاه ويبقى ثلثه ووجهه ماذكرنا أن انقاع الزبيب احياء للعنب فلا يحل به عصيره الا بما يحل به عصير العنب وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه يعتبر فى ذلك أدنى طبخة لانه زبيب انتفخ بالماء فلا يتغير حكمه والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) المثلث فنقول لا خلاف فى أنه مادام حلوا لا يسكر يحل شربه (وأما) المعتق المسكر فيحل شربه للتداوى واستمراء الطعام والتقوى على الطاعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما وروى محمد رحمه الله أنه لا يحل وهو قول الشافعى رحمه الله وأجمعوا على أنه لا يحل شربه للهو والطرب كذا روى أبو يوسف رحمه الله فى الامالى وقال لو أراد أن يشرب المسكر فقليله وكثيره حرام وقعوده لذلك والمشى اليه حرام (وجه) قول محمد والشافعى رحمهما الله ماروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما أسكر كثيره فقليله حرام وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كل مسكر من عصير العنب انما سمى خمرا لكونه مخامر العقل ومعنى المخامرة يوجد فى سائر الاشربة المسكرة وأبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما احتجا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وآثار الصحابة الكرام رضى الله عنهم (أما) الحديث فما ذكره الطحاوى رحمه الله فى شرح الآثار عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام أتى بنبيذ فشمه فقطب وجهه لشدته ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه (وأما) الآثار فمنها ما روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه كان يشرب النبيذ الشديد ويقول انا لننحر الجزور وأن العتق منها لآل عمر ولا يقطعه الا النبيذ الشديد (ومنها) ماروينا عنه أنه كتب الى عمار بن ياسر رضى الله عنهما أنى أتيت بشراب من الشام طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه يبقى حلاله ويذهب حرامه وريح جنونه فمر من قبلك فليتوسعوا من أشربتهم نص على الحل ونبه على المعنى وهو زوال الشدة المسكرة بقوله ويذهب ريح جنونه وندب الى الشرب بقوله فليتوسعوا من أشربتهم (ومنها) ماروى عن سيدنا على رضى الله تعالى عنه أنه أضاف قوما فسقاهم فسكر بعضهم فحده فقال الرجل تسقينى ثم تحدنى فقال سيدنا على رضى الله عنه انما أحدك للسكر وروى هذا المذهب عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال حين سئل عن النبيذ اشرب الواحد والاثنين والثلاثة فاذا خفت السكر فدع واذا ثبت الاحلال من هؤلاء الكبار من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم فالقول بالتحريم يرجع الى تفسيقهم وأنه بدعة ولهذا عد أبو حنيفة رضى الله عنه احلال المثلث من شرائط مذهب السنة والجماعة فقال فى

بيانها أن يفضل الشيخين و يحب الختنين وأن يرى المسح على الخفين وأن لا يحرم نبيذ الخمر لما أن فى القول بتحريمه تفسيق كبار الصحابة رضى الله تعالى عنهم والكف عن تفسيقهم والامساك عن الطعن فيهم من شرائط السنة والجماعة (وأما) ماورد من الاخبار ففيها طعن ثم بها تأويل ثم قول بموجبها (أما) الطعن فان يحيي بن معين رحمه الله قد ردها وقال لا تصح عن النبي عليه الصلاة والسلام وهو من نقلة الاحاديث فطعنه يوجب جرحاً فى الحديثين (وأما) التأويل فهو أنها محمولة على الشرب للتلهى توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض (وأما) القول بالموجب فهو أن المسكر عندنا حرام وهو القدح الاخير لان المسكر ما يحصل به الاسكار وأنه يحصل بالقدح الاخير وهو حرام قليله وكثيره وهذا قول بموجب الاحاديث ان ثبتت بحمد الله تعالى (وأما) قولهم ان هذه الاشربة خمر لوجود معنى الخمر فيها وهو صفة مخامرة العقل قلنا اسم الخمر للنىء من ماء العنب اذا صار مسكراً حقيقة ولسائر الاشربة مجاز لان معنى الاسكار والمخامرة فيه كامل وفى غيره من الاشربة ناقص فكان حقيقة له مجازاً لغيره وهذا لانه لو كان حقيقة لغيره لكان الامر لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون اسما مشتركا واما أن يكون اسما عاما لا سبيل الى الاول لان شرط الاشتراك اختلاف المعنى فالاسم المشترك ما يقع على مسميات مختلفة الحدود والحقائق كاسم العين ونحوها وههنا ما اختلف ولا سبيل الى الثانى لان من شرط العموم أن تكون أفراد العموم متساوية فى قبول المعنى الذى وضع له اللفظ لا متفاوتة ولم يوجد التساوى ههنا واذا لم يكن بطريق الحقيقة تعين أنه بطريق المجاز فلا يتناولها مطلق اسم الخمر والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الجمهورى فحكمه حكم المثلث لانه مثلث يرق بصب الماء عليه ثم يطبخ أدنى طبخة لئلا يفسد (وأما) الخليطان فحكمهما عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد من النىء عنهما والمطبوخ وقد ذكرناه وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن شرب التمر والزبيب جميعاً والزهو والرطب جميعاً وهو محمول على النىء والسكر منه والله عز وجل أعلم وروى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن نبيذ البسر والتمر والزبيب جميعاً ولو طبخ أحدهما ثم صب قدح من النىء فيه أفسده سواء كان من جنسه أو خلاف جنسه لانه اجتمع الحلال والحرام فيغلب الحرام الحلال ولو خلط العصير بالماء فان ترك حتى اشتد لا شك أنه لا يحل وان طبخ حتى ذهب ثلثاه ففيه نظر ان كان الماء هو الذى يذهب أولا بالطبخ يطبخ حتى يذهب قدر الماء ثم يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه فيحل وان كان الماء والعصير يذهبان معاً بالطبخ حتى يذهب ثلثا الجملة فلا يحل والله عز وجل أعلم (وأما) المزر والجعة والبتع وما يتخذ من السكر والتين ونحو ذلك فيحل شربه عند أبى حنيفة رضى الله عنه قليلا كان أو كثيراً مطبوخاً كان أو نيأ ولا يحد شاربه وان سكر وروى عن محمد رحمه الله أنه حرام بناء على أصله وهو أن ما أسكر كثيره فقليله حرام كالمثلث وقال أبو يوسف رحمه الله ما كان من هذه الاشربة يبقى بعد ما يبلغ عشرة أيام ولا يفسد فانى أكرهه وكذا روى عن محمد ثم رجع أبو يوسف عن ذلك الى قول أبى حنيفة رضى الله عنه (وجه) قول أبى يوسف الاول ان بقاءه وعدم فساده بعد هذه المدة دليل شدته وشدته دليل حرمته (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان الحرمة متعلقة بالخمرية لا تثبت الا بشدة والشدة لا توجد فى هذه الاشربة فلا تثبت الحرمة والدليل على انعدام الخمرية أيضاً ما روينا عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين ذكر عليه الصلاة والسلام الخمر بلام الجنس فاقتضى اقتصار الخمرية على ما يتخذ من الشجرتين وانما لا يجب الحد وان سكر منه لانه سكر حصل بتناول شئ مباح وأنه لا يوجب الحد كالسكر الحاصل من تناول البنج والخبز فى بعض البلاد بخلاف ما اذا سكر بشرب المثلث أنه يجب الحد لان السكر هناك حصل بتناول المحظور وهو القدح الاخير (وأما) ظروف الاشربة المحرمة فيباح الشرب منها اذا غسلت الا الخزف الجديد الذى يتشرب فيها على الاختلاف الذى عرف فى كتاب الصلاة والاصل فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام انى كنت نهيتكم عن الشرب فى الدباء والحنتم والمزفت الا فاشربوا فى كل ظرف فان الظروف لا تحل شيأ ولا تحرمه (وأما) بيان حد السكر الذى يتعلق به وجوب الحد فقد اختلف فى حده قال

أبو حنيفة رضي الله عنه السكران الذي يحد هو الذي لا يعقل قليلا ولا كثيراً ولا يعقل الارض من السماء والرجل من المرأة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله السكران هو الذي يغلب على كلامه الهذيان وروى عن أبي يوسف أنه يمتحن بقل يا أيها الكافرون فيستقرأ فان لم يقدر على قراءتها فهو سكران لما روى أن رجلا صنع طعاماً فدعى سيدنا أبا بكر وسيدنا عمر وسيدنا عثمان وسيدنا عليا وسيدنا سعد بن أبي وقاص رضي الله تعالى عنهم فأكلوا وسقاهم خمراً وكان قبل تحريم الخمر فحضرتهم صلاة المغرب فأمهم واحد منهم فقرأ قل يا أيها الكافرون على طرح لا أعبد ما تعبدون فنزل قوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وهذا الامتحان غير سديد لان من السكارى من لم يتعلم هذه السورة من القرآن أصلا ومن تعلم فقد يتعذر عليه قراءتها في حالة الصحو خصوصا من لا اعتناء له بأمر القرآن فكيف في حالة السكر وقال الشافعي رحمه الله اذا شرب حتى ظهر أثره في مشيه وأطرافه وحركاته فهو سكران وهذا أيضاً غير سديد لان هذا أمر لا ثبات له لانه يختلف باختلاف أحوال الناس منهم من يظهر ذلك منه بأدنى شيء ومنهم من لا يظهر فيه وان بلغ به السكر غايته (وجه) قولهما شهادة العرف والعادة فان السكران في متعارف الناس اسم لمن هذى واليه أشار سيدنا علي رضي الله عنه بقوله اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون وأبو حنيفة عليه الرحمة يسلم ذلك في الجملة فيقول أصل السكر يعرف بذلك لكنه اعتبر في باب الحدود ما هو الغاية في الباب احتيالا للدرء المأمور به بقوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ولا يعرف بلوغ السكر غايته الا بما ذكر والله عز وجل أعلم

## كتاب الاستحسان

وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة وقد يسمى كتاب الكراهة والكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضعين في بيان معنى اسم الكتاب وفي بيان أنواع المحظورات والمباحات المجموعة فيه (أما) الاول فالاستحسان يذكر ويراد به كون الشيء على صفة الحسن ويذكر ويراد به فعل المستحسن وهو رؤية الشيء حسنا يقال استحسنت كذا أي رأيته حسنا فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص عامة ما أورد فيه من الاحكام بحسن ليس في غيرها ولكونها على وجه يستحسنها العقل والشرع (وأما) التسمية بالحظر والاباحة فتسمية طابقت معناها ووافقت مقتضاها لاختصاصه ببيان جملة من المحظورات والمباحات وكذا التسمية بالكراهة لان الغالب فيه بيان المحرمات وكل محرم مكروه في الشرع لان الكراهة ضد المحبة والرضا قال الله تبارك وتعالى وعسى أن تكرهوا شيأ وهو خير لكم وعسى أن تحبوا شيأ وهو شر لكم والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به الا أن ما ثبتت حرمته بدليل مقطوع به من نص الكتاب العزيز أو غير ذلك فعادة محمد أنه يسميه حراما على الاطلاق وما ثبتت حرمته بدليل غير مقطوع به من أخبار الآحاد وأقاويل الصحابة الكرام رضي الله عنهم وغير ذلك يسميه مكروها وربما يجمع بينهما فيقول حرام مكروه اشعارا منه ان حرمته ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع (وأما) بيان أنواع المحرمات والمحللات المجموعة فيه فنقول وبالله تعالى التوفيق المحرمات المجموعة في هذا الكتاب في الاصل نوعان نوع ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعا ونوع ثبتت حرمته في حق الرجال دون النساء (أما) الذي ثبتت حرمته في حق الرجال والنساء جميعا فبعضها مذكور في مواضعه في الكتب فلا نعيده ونذكر ما لا ذكر له في الكتب ونبدأ بما بدأ به محمد رحمه الله الكتاب وهو حرمة النظر والمس والكلام فيها في ثلاث مواضع أحدها في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من المرأة والمرأة من الرجل والثاني في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل والثالث في بيان ما يحل ويحرم للمرأة من المرأة (أما) الاول فلا يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة أنواع النساء فنقول وبالله تعالى التوفيق النساء في هذا الباب سبعة أنواع نوع منهن المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم

وهو

وهو الرحم المحرم للنكاح كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وهن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن من لا رحم لهن أصلا ولا محرم وهن الاجنبيات الحرائر ونوع منهن ذوات الرحم بلا محرم وهو الرحم الذى لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة (أما) النوع الاول وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر الى زوجته ومسها من رأسها الى قدمها لانه يحل له وطؤها لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فانهم غير ملومين وانه فوق النظر والمس فكان احلالا لهما من طريق الاولى الا أنه لا يحل له وطؤها فى حالة الحيض لقوله تبارك وتعالى ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء فى المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فصارت حالة الحيض مخصوصة عن عموم النص الذى تلونا وهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج اختلف فيه قال أبو حنيفة وأبو يوسف رضى الله عنهما لا يحل الاستمتاع بما فوق الازار وقال محمد رحمه الله يجتنب شعار الدم وله ماسوى ذلك واختلف المشايخ فى تفسير قولهما بما فوق الازار قال بعضهم المراد منه مافوق السرة فيحل الاستمتاع بما فوق سرتها ولا يباح بما تحتها الى الركبة وقال بعضهم المراد منه مع الازار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها سوى الفرج لكن مع المئزر لا مكشوفا ويمكن العمل بعموم قولهما بما فوق الازار لانه يتناول مافوق السرة وما تحتها سوى الفرج مع المئزر اذ كل ذلك فوق الازار فيكون عملا بعموم اللفظ والله سبحانه وتعالى أعلم (وجه) قول محمد ظاهر قوله تبارك وتعالى ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى جعل الحيض أذى فتختص الحرمة بموضع الاذى وقد روى أن سيدتنا عائشة رضى الله عنها سئلت عما يحل للرجل من امرأته الحائض فقالت يتقى شعار الدم وله ماسوى ذلك (ووجه) قولهما ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لنا ما تحت السرة وله مافوقها وروى ان أزواج النبى عليه الصلاة والسلام كن اذا حاضت احداهن أمرهن أن يتزرن ثم يضاجعهن ولان الاستمتاع بها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع فى الحرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وفى رواية من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه والمستمتع بالفخذ يحوم حول الحمى ويرتع حوله فيوشك أن يقع فيه دل ان الاستمتاع به سبب الوقوع فى الحرام وسبب الحرام حرام أصله الخلوة بالاجنبية (وأما) الآية الكريمة فحجة عليه لان ماحول الفرج لا يخلو عن الاذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الاذى وقول سيدتنا عائشة رضى الله عنها له ماسوى ذلك أى مع الازار فحمل على هذا توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض وكذلك المرأة يحل لها النظر الى زوجها واللمس من فرقه الى قدمه لانه حل لها ماهو أكثر من ذلك وهو التمكين من الوطء فهذا أولى ويحل النظر الى عين فرج المرأة المنكوحة لأن الاستمتاع به حلال فالنظر اليه أولى الا أن الادب غض البصر عنه من الجانبين لماروى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت الى مامنه ولا نظر الى مامنى ولا يحل اتيان الزوجة فى دبرها لان الله تعالى عز شأنه نهى عن قربان الحائض ونبه على المعنى وهو كون الحيض أذى والاذى فى ذلك المحل أفحش وأذم فكان أولى بالتحريم وروى عن سيدنا على رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أتى حائضا أو امرأة فى دبرها أو أتى كاهنا فصدقه فيما يقول فهو كافر بما أنزل على محمد صلى الله عليه وسلم نهى عن اتيان النساء فى محاشهن أى أدبارهن وعلى ذلك جاءت الآثار من الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم انها سميت اللوطية الصغرى ولان حل الاستمتاع فى الدنيا لا يثبت لحق قضاء الشهوات خاصة لان لقضاء الشهوات خاصة دارا أخرى وانما يثبت لحق قضاء الحاجات وهى حاجة بقاء النسل الى انقضاء الدنيا الا أنه ركبت الشهوات فى البشر للبعث على قضاء الحاجات وحاجة النسل لا تحتمل الوقوع فى الادبار فلو ثبت الحل لثبت لحق قضاء الشهوة خاصة والدنيا لم تخلق له (وأما) النوع الثانى وهن المملوكات فحكمهن حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر الى سائر بدن جاريته ومسها من رأسها الى قدمها لانه حل له ماهو أكثر منه لقوله عز وجل أو ماملكت أيمانكم الآية الا أن حالة الحيض صارت

مخصوصة فلا يقربها فى حالة الحيض ولا يأتى فى دبرها لما ذكرنا من الدلائل وفى الاستمتاع بها فيما دون الفرج على الاختلاف وكذا اذا ملكها بسائر أسباب الملك لا يحل له أن يقربها قبل أن يستبرئها والاصل فيه ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال فى سبايا أوطاس الالا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة ولان فيه خوف اختلاط المياه وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه ويستحقها فيتبين انه يستمتع بملك الغير (وأما) الدواعى من القبلة والمعانقة والنظر الى الفرج عن شهوة فلا يحل عند عامة العلماء الا فى المسبية وقال مكحول رحمه الله يحل (وجه) قوله أن الملك فى الاصل مطلق التصرف ولهذا لم يحرم الدواعى فى المسبية ولا على الصائم فكان ينبغى أن لا يحرم القربان أيضا الا أن الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمة على مورد النص على أن النص ان كان معلولا بخوف اختلاط المياه فهذا معنى لا يحتمل التعدية الى الدواعى فلا يتعدى اليها (وجه) قول العامة ان حرمة القربان انما ثبتت خوفا عن توهم العلوق وظهور الحبل وعند الدعوة والاستحقاق يظهر ان الاستمتاع صادف ملك الغير وهذا المعنى موجود فى الدواعى من المستبرأة ونحوها فيتعدى اليها ولا يتعدى فى المسبية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص ولان الاستمتاع بالدواعى وسيلة الى القربان والوسيلة الى الحرام حرام أصله الخلوة وهذا أولى لان الخلوة فى التوسل الى الحرام دون المس فكان تحريمها تحريما للمس بطريق الاولى كما فى تحريم التأفيف من الضرب والشتم ومن اعتمد على هذه النكتة منع فضل المسبية وزعم أن لا نص فيها عن أصحابنا وهو غير سديد فان حل الدواعى من المسبية منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع فكان الصحيح هو العلة الاولى وحرمة الدواعى فى باب الظهار والاحرام ثبت لمعنى آخر ذكرناه فى كتاب الحج والظهار (وأما) النوع الثالث وهو ذات الرحم المحرم فيحل للرجل النظر من ذوات محارمه الى رأسها وشعرها وأذنيها وصدرها وعضدها وثديها وساقها وقدمها لقوله تبارك وتعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية نهاهن سبحانه وتعالى عن ابداء الزينة مطلقا واستثنى سبحانه ابداءها للمذكورين فى الآية الكريمة منهم ذوالرحم المحرم والاستثناء من الحظر اباحة فى الظاهر والزينة نوعان ظاهرة وهو الكحل فى العين والخاتم فى الاصبع والفتخة للرجل وباطنة وهو العصابة للرأس والعقاص للشعر والقرط للاذن والحمائل للصدر والدملوج للعضد والخلخال للساق والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لان ابداء نفس الزينة ليس بمنهى وقد ذكر سبحانه وتعالى الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعا فيحل النظر اليها بظاهر النص ولان المخالطة بين المحارم للزيارة وغيرها ثابتة عادة فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الكشف الا بحرج وانه مدفوع شرعا وكل ما جاز النظر اليه منهن من غير حائل جاز مسه لان المحرم يحتاج الى اركابها وانزالها فى المسافرة معها وتتعذر صيانة هذه المواضع عن الانكشاف فيتعذر على المحرم الصيانة عن مس المكشوف ولان حرمة النظر الى هذه المواضع ومسها من الاجنبيات انما ثبتت خوفا عن حصول الشهوة الداعية الى الجماع والنظر الى هذه الاعضاء ومسها فى ذوات المحارم لا يورث الشهوة لانهما لا يكونان للشهوة عادة بل للشفقة ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل أمهاتهم وبناتهم وقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من الغزو قبل رأس السيدة فاطمة رضى الله عنها وهذا اذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا غلب على ظنه انه لا يشتهى فاما اذا كان يشتهى أو كان غالب ظنه وأكبر رأيه انه لو نظر أو مس اشتهى لم يجز له النظر والمس لانه يكون سببا للوقوع فى الحرام فيكون حراما ولا بأس أن يسافر بها اذا أمن الشهوة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر ثلاثا فما فوقها الا ومعها زوجها أو ذو رحم محرم منها ولان الذى يحتاج المحرم اليه فى السفر مسها فى الحمل والانزال ويحل له مسها فتحل المسافرة معها وكذا لا بأس أن يخلو بها اذا أمن على نفسه لانه لما حل المس فالخلوة أولى فان خاف على نفسه لم يفعل لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

انه قال لا يخلون الرجل بمغيبة وان قبل حموها الا حموها الموت وهو محمول على حالة الخوف أو يكون نهي ندب وتنزيه والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الآية الا انه سبحانه وتعالى رخص النظر للمحارم الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بقوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية فبقي غض البصر عما وراءها مأمورا به واذا لم يحل النظر فالمس أولى لانه أقوى ولان رخصة النظر الى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة الى النظر الى ما وراءها فكان النظر اليها بحق الشهوة وانه حرام ولان الله تبارك وتعالى جعل الظهار منكرا من القول وزورا والظهار ليس الا تشبيه المنكوحة بظهر الام في حق الحرمة ولو لم يكن ظهر الام حرام النظر والمس لم يكن الظهار منكرا من القول وزورا فيؤدي الى الخلف في خبر من يستحيل عليه الخلف هذا اذا كانت هذه الاعضاء مكشوفة فاما اذا كانت مستورة بالثياب واحتاج ذو الرحم المحرم الى اركابها وانزالها فلا بأس بان يأخذ بطنها أو ظهرها أو فخذها من وراء الثوب اذا كان يأمن على نفسه لما ذكرنا ان مس ذوات الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة خصوصا من وراء الثوب حتى لو خاف الشهوة في المس لا يمسه وليجتنب ما استطاع وكل ما يحل للرجل من ذوات الرحم المحرم منه من النظر والمس يحل للمرأة ذلك من ذي رحم محرم منها وكل ما يحرم عليه يحرم عليها والله عز وجل أعلم (وأما) النوع الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه والاصل فيه قول النبي عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان أفلح بن أبي القعيس رحمه الله استأذن أن يدخل على سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام ليلج عليك فانه عمك أرضعتك امرأة أخيه (وأما) النوع الخامس وهو مملوكات الاغيار فحكمهن أيضا في حل النظر والمس وحرمتهما حكم ذوات الرحم المحرم فيحل النظر الى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل ما سوى ذلك والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس ناصية أمة ودعا لها بالبركة وروي ان سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه رأى أمة متقنعة فعلاها بالدرة وقال ألقي عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر فدل على حل النظر الى رأسها وشعرها وأذنها وروي عن سيدنا عمر رضي الله تعالى عنه انه مر بجارية تعرض على البيع فضرب بيده على صدرها وقال اشتروا ولو كان حراما لم يتوهم منه رضي الله عنه أن يمسها ولان بالناس حاجة الى النظر الى هذه المواضع ومسها عند البيع والشراء لمعرفة بشرتها من اللين والخشونة ونحو ذلك لاختلاف قيمتها باختلاف أطرافها فألحقت بذوات الرحم المحرم دفعا للحرج عن الناس ولهذا تحل بهن المسافرة بلا محرم ولا حاجة الى المس والنظر الى غيرها لانها تصير معلومة بالنظر الى الاطراف ومسها وهذا اذا أمن على نفسه الشهوة فان لم يأمن وخاف على نفسه أن يشتهي لو نظر أو مس فلا بأس أن ينظر اليها وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها فلا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج الى النظر فصار النظر من المشتري بمنزلة النظر من الحاكم والشاهد والمتزوج فلا بأس بذلك وان كان عن شهوة فكذا هذا وكذا لا بأس له أن يمس وان اشتهى اذا أراد أن يشتريها عند أبي حنيفة رضي الله عنه وروي عن محمد رحمه الله انه يكره للشاب مس شئ من الامة والصحيح قول أبي حنيفة رضي الله عنه لان المشتري يحتاج الى العلم بشرتها ولا يحصل ذلك الا باللمس فرخص للضرورة وكذا يحل للامة النظر والمس من الرجل الاجنبي ما فوق السرة ودون الركبة الا ان تخاف الشهوة فتجتنب كالرجل وكل جواب عرفته في القنة فهو الجواب في المدبرة وأم الولد لقيام الرق فيهما (وأما) النوع السادس وهو الاجنبيات الحرائر فلا يحل النظر للاجنبي من الاجنبية الحرة الى سائر بدنها الا الوجه والكفين لقوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم الا ان النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وهي الوجه والكفان رخص بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها والمراد من الزينة مواضعها ومواضع الزينة الظاهرة الوجه والكفان فالكحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف ولانها تحتاج الى البيع والشراء والاخذ والعطاء ولا يمكنها

ذلك عادة الا بكشف الوجه والكفين فيحل لها الكشف وهذا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله انه يحل النظر الى القدمين أيضاً (وجه) هذه الرواية ماروى عن سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها في قوله تبارك وتعالى الا ماظهر منها القلب والفتخة وهي خاتم أصبع الرجل فدل على جواز النظر الى القدمين ولان الله تعالى نهى عن ابداء الزينة واستثنى ماظهر منها والقدمان ظاهرتان ألا ترى انهما يظهران عند المشي فكانا من جملة المستثنى من الحظر فيباح ابداؤهما (وجه) ظاهر الرواية ماروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال في قوله جل شأنه الا ماظهر منها انه الكحل والخاتم وروى عنه في رواية أخرى انه قال الكف والوجه فيبقى ماوراء المستثنى على ظاهر النهي ولان اباحة النظر الى وجه الاجنبية وكفيها للحاجة الى كشفها في الاخذ والعطاء ولا حاجة الى كشف القدمين فلا يباح النظر اليهما ثم انما يحل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة فاما عن شهوة فلا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وليس زنا العينين الا النظر عن شهوة ولان النظر عن شهوة سبب الوقوع في الحرام فيكون حراما الا في حالة الضرورة بان دعي الى شهادة أو كان حاكما فاراد أن ينظر اليها ليجيز اقرارها عليها فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان لو نظر اليها لاشتهى أو كان أكبر رأيه ذلك لان الحرمات قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة ألا ترى انه خص النظر الى عين الفرج لمن قصد اقامة حسبة الشهادة على الزنا ومعلوم ان النظر الى الفرج في الحرمة فوق النظر الى الوجه ومع ذلك سقطت حرمته لمكان الضرورة فهذا أولى وكذا اذا أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس أن ينظر الى وجهها وان كان عن شهوة لان النكاح بعد تقديم النظر أدل على الالفة والموافقة الداعية الى تحصيل المقاصد على ماقال النبي عليه الصلاة والسلام للمغيرة بن شعبة رضي الله عنه حين أراد أن يتزوج امرأة اذهب فانظر اليها فانه أحرى أن يدوم بينكما دعاه عليه الصلاة والسلام الى النظر مطلقا وعلل عليه الصلاة والسلام بكونه وسيلة الى الالفة والموافقة (وأما) المرأة فلا يحل لها النظر من الرجل الاجنبي ما بين السرة الى الركبة ولا بأس أن تنظر الى ماسوى ذلك اذا كانت تأمن على نفسها والافضل للشاب غض البصر عن وجه الاجنبية وكذا الشابة لما فيه من خوف حدوث الشهوة والوقوع في الفتنة يؤيده المروى عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما انه قال في قوله تبارك وتعالى الا ماظهر منها انه الرداء والثياب فكان غض البصر وترك النظر أزكى وأطهر وذلك قوله عز وجل قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك أزكى لهم وروى ان أعميين دخلا على رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشة رضي الله تعالى عنها وأخرى فقال لهما قوما فقالتا انهما أعميان يارسول الله فقال لهما أعمياوان انتما الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما والعبد فيما ينظر الى مولاته كالحر الذي لا قرابة بينه وبينها سواء وكذا الفحل والخصي والعنين والمخنث اذا بلغ مبلغ الرجال سواء لعموم قوله تبارك وتعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم واطلاق قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا ماظهر منها ولان الرق والخصاء لا يعدمان الشهوة وكذا العنة والخنوثة (أما) الرق فظاهر (وأما) الخصاء فان الخصي رجل الا انه مثل به الى هذا أشارت سيدتنا عائشة رضي الله عنها فقالت انه رجل مثل به فتحل له المثلة ما حرم الله تبارك وتعالى على غيره (وأما) العنة والخنوثة فالعنين والمخنث رجلان فان قيل أليس ان المملوك بملك اليمين للمرأة مستثنى من قوله جل وعلا ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الى قوله عز شأنه الا ماملكت أيمانهن من غير فصل بين العبد والامة والاستثناء من الحظر اباحة فالجواب ان قوله سبحانه وتعالى الا ماملكت أيمانهن ينصرف الى الاماء لان حكم العبيد صار معلوما بقوله سبحانه وتعالى أو التابعين غير أولي الاربة من الرجال اذ العبد من جملة التابعين من الرجال فكان قوله عز شأنه الا ماملكت ايمانهن مصروفا الى الاماء لئلا يؤدي الى التكرار فان قيل حكم الاماء صار معلوما بقوله تبارك وتعالى أو التابعين فالصرف اليهن يؤدي الى التكرار أيضا فالجواب ان المراد بالنساء الحرائر فوقعت الحاجة الى تعريف حكم الاماء فابان بقوله جل شأنه أو ماملكت أيمانهن ان حكم الحرة والامة فيه سواء

و روى عن سيدتنا عائشة رضى الله عنها انها قالت كان يدخل على نساء رسول الله صلى الله عليه وسلم مخنث فكانوا
يعدونه من غير أولى الاربة فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو ينعت امرأة فقال لاأرى هذا يعلم
ماههنا لا يدخل عليكن فحجبوه وكذا روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل على أم سلمة رضى الله عنها وعندها
مخنث فاقبل على أخى أم سلمة فقال ياعبد الله ان فتح الله عليكم غدا الطائف دللتك على بنت غيلان فانها تقبل بأربع
وتدبر بثمان فقال عليه الصلاة والسلام لاأرى يعرف هذا ماههنا لا يدخلن عليكم هذا اذا بلغ الاجنبى مبلغ الرجال
فان كان صغيرا لم يظهر على عورات النساء ولا يعرف العورة من غير العورة فلا بأس لهن من ابداء الزينة لهم لقوله جل
وعلا أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء مستثنى من قوله عز شأنه ولا يبدين زينتهن الا لمن ذكر والطفل فى
اللغة الصبى ما بين أن يولد الى أن يحتلم وأما الذى يعرف التمييز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغى لها أن
تبدى زينتها له ألا ترى ان مثل هذا الصبى أمر بالاستئذان فى بعض الاوقات بقوله تبارك وتعالى والذين لم يبلغوا
الحلم منكم ثلاث مرات الا اذا لم يكونا من أهل الشهوة بان كانا شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما
وروى ان أعميين دخلا على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعنده بعض أزواجه سيدتنا عائشه وأخرى فقال
لهما قوما فقالتا انهما أعميان يارسول الله فقال اعميا وان أنتما هذا حكم النظر الى الوجه والكفين وأما حكم مس هذين
العضوين فلا يحل مسهما لان حل النظر للضرورة التى ذكرناها ولا ضرورة الى المس مع ما ان المس فى بعث الشهوة
وتحريكها فوق النظر واباحة أدنى الفعلين لا يدل على اباحة اعلاهما هذا اذا كان شابين فان كانا شيخين كبيرين فلا
بأس بالمصافحة لخروج المصافحة منهما من أن تكون مورثة للشهوة لانعدام الشهوة وقد روى ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم كان يصافح العجائز ثم انما يحرم النظر من الاجنبية الى سائر اعضائها سوى الوجه والكفين أو القدمين
أيضا على اختلاف الروايتين اذا كانت مكشوفة فأما اذا كانت مستورة بالثوب فان كان ثوبها صفيقا لا يلتزق
ببدنها فلا بأس أن يتأملها ويتأمل جسدها لان المنظور اليه الثوب دون البدن وان كان ثوبها رقيقا يصف ماتحته
ويشف أو كان صفيقا لكنه يلتزق ببدنها حتى يستبين له جسدها فلا يحل له النظر لانه اذا استبان جسدها كانت
كاسية صورة عارية حقيقة وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم لعن الله الكاسيات العاريات وروى عن سيدتنا
عائشة رضى الله عنها انها قالت دخلت على أختى السيدة أسماء وعليها ثياب شامية رقاق وهى اليوم عندكم صفاق فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه ثياب تجحها سورة النور فامر بها فاخرجت فقلت يارسول الله زارتنى أختى فقلت
لها ماقلت فقال ياعائشة ان المرأة اذا حاضت لا ينبغى أن يرى منها الا وجهها وكفاها فان ثبت هذا من النبى عليه الصلاة
والسلام كان تفسيرا لقوله عز وجل الا ماظهر منها فدل على صحة ظاهر الرواية ان الحرة لا يحل النظر منها الا الى وجهها
وكفيها والله سبحانه وتعالى أعلم ( وأما ) النوع السابع وهو ذوات الرحم بلا محرم فحكمهن حكم الاجنبيات
الحرائر لعموم الامر بغض البصر والنهى عن ابداء زينتهن الا المذكورين فى محل الاستثناء وذو الرحم بلا محرم غير
مذكور فى المستثنى فبقيت منهية عن ابداء الزينة له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الثانى وهو ما يحل من ذلك ويحرم
للرجل من الرجل فنقول وبالله التوفيق يحل للرجل أن ينظر من الرجل الاجنبى الى سائر جسده الا ما بين السرة
والركبة الا عند الضرورة فلا بأس أن ينظر الرجل من الرجل الى موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختن وكذا اذا
كان بموضع العورة من الرجل قرح أو جرح أو وقعت الحاجة الى مداواة الرجل ولا ينظر الى الركبة ولا بأس بالنظر
الى السرة فالركبة عورة والسرة ليست بعورة عندنا وعند الشافعى على العكس من ذلك والصحيح قولنا لما روى
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ماتحت السرة عورة والركبة ماتحتها فكانت عورة الا ان ماتحت الركبة صار
مخصوصا فبقيت الركبة تحت العموم ولان الركبة عضو مركب من عظم الساق والفخذ على وجه يتعذر تمييزه والفخذ
من العورة والساق ليس من العورة فعند الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة لانه اسم لموضع

معلوم لا اشتباه فيه وقد روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه أنه كان اذا اتزر أبدى سرته ولو كانت عورة لما احتمل منه كشفها هذا حكم النظر (وأما) حكم المس فلا خلاف فى أن المصافحة حلال لقوله عليه الصلاة والسلام تصافحوا تحابوا وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا التقى المؤمن أخاه فصافحه تناثرت ذنوبه ولان الناس يتصافحون فى سائر الاعصار فى العهود والمواثيق فكانت سنة متوارثة واختلف فى القبلة والمعانقة قال أبو حنيفة رضى الله عنه ومحمد رحمه الله يكره للرجل أن يقبل فم الرجل أو يده أو شيأ منه أو يعانقه وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به (ووجهه) ما روى أنه لما قدم جعفر بن أبى طالب رضى الله عنه من الحبشة عانقه سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبل بين عينيه وأدنى درجات فعل النبى الحل وكذا روى ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا اذا رجعوا من أسفارهم كان يقبل بعضهم بعضاً ويعانق بعضهم بعضا واحتجا بما روى أنه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقيل أيقبل بعضنا بعضاً فقال لا فقيل أيعانق بعضنا بعضاً فقال عليه الصلاة والسلام لا فقيل أيصافح بعضنا بعضاً فقال عليه الصلاة والسلام نعم وذكر الشيخ أبو منصور رحمه الله ان المعانقة انما تكره اذا كانت شبيهة بما وضعت للشهوة فى حالة التجرد فاما اذا قصد بها المبرة والاكرام فلا تكره وكذا التقبيل الموضوع لقضاء الوطر والشهوة هو المحرم فاذا زال عن تلك الحالة ابيح وعلى هذا الوجه الذى ذكره الشيخ يحمل الحديث الذى احتج به أبو يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب (وأما) الثالث وهو بيان ما يحل من ذلك وما يحرم للمرأة من المرأة فكل ما يحل للرجل أن ينظر اليه من الرجل يحل للمرأة أن تنظر اليه من المرأة وكل ما لا يحل له لا يحل لها فتنظر المرأة من المرأة الى سائر جسدها الا ما بين السرة والركبة لانه ليس فى نظر المرأة الى المرأة خوف الشهوة والوقوع فى الفتنة كما ليس ذلك فى نظر الرجل الى الرجل حتى لو خافت ذلك تجتنب عن النظر كما فى الرجل ولا يجوز لها أن تنظر ما بين سرتها الى الركبة الا عند الضرورة بان كانت قابلة فلا بأس لها أن تنظر الى الفرج عند الولادة وكذا لا بأس أن تنظر اليه لمعرفة البكارة فى امرأة العنين والجارية المشتراة على شرط البكارة اذا اختصما وكذا اذا كان بها جرح أو قرح فى موضع لا يحل للرجال النظر اليه فلا بأس أن تداويها اذا علمت المداواة فان لم تعلم تعلم ثم تداويها فان لم توجد امرأة تعلم المداواة ولا امرأة تتعلم وخيف عليها الهلاك أو بلاء أو وجع لا تحتمله يداويها الرجل لكن لا يكشف منها الا موضع الجرح ويغض بصره ما استطاع لان الحرمات الشرعية جاز أن يسقط اعتبارها شرعا لمكان الضرورة كحرمة الميتة وشرب الخمر حالة المخمصة والاكراه لكن الثابت بالضرورة لا يعدو موضع الضرورة لان علة ثبوتها الضرورة والحكم لا يزيد على قدر العلة هذا الذى ذكرنا حكم النظر والمس (وأما) حكم الدخول فى بيت الغير فالداخل لا يخلو اما أن يكون أجنبياً أو من محارمه فان كان أجنبياً فلا يحل له الدخول فيه من غير استئذان لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها قيل تستأنسوا أى تستأذنوا وقيل تستعلموا وهما متقاربان لان الاستئذان طلب الاذن والاستعلام طلب العلم والاذن اعلام وسواء كان الساكن فى البيت أو لم يكن لقوله تعالى فان لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وهذا يدل على ان الاستئذان ليس للسكان أنفسهم خاصة بل لانفسهم ولاموالهم لان الانسان كما يتخذ البيت ستراً لنفسه يتخذه ستراً لامواله وكما يكره اطلاع الغير على نفسه يكره اطلاعه على أمواله وفى بعض الاخبار ان من دخل بيتا بغير اذن قال له الملك الموكل به عصيت وآذيت فيسمع صوته الخلق كلهم الا الثقلين فيصعد صوته الى السماء الدنيا فتقول ملائكة السماء أف لفلان عصى ربه وأذى واذا استأذن فأذن له حل له الدخول يدخل ثم يسلم ولا يقدم التسليم على الدخول كما قال بعض الناس لقوله سبحانه وتعالى فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة ولانه لو سلم قبل الدخول فاذا دخل يحتاج الى التسليم ثانيا وان لم يؤذن له بالدخول وقيل له ارجع فليرجع ويكره له أن يقعد على الباب لقوله عز وجل وان قيل لكم ارجعوا فارجعوا وفى بعض الاخبار الاستئذان ثلاث مرات من لم يؤذن له فيهن فليرجع أما الاول فيسمع الحى وأما الثانى فيأخذوا حذرهم وأما

الثالث فان شاؤا أذنوا وان شاؤا ردوا فاذا استأذن ثلاث مرات ولم يؤذن له ينبغى أن يرجع ولا يقعد على الباب لينتظر لان للناس حاجات وأشغالا فى المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق ذرعهم وشغل قلوبهم ولعل لا تلتئم حاجاتهم فكان الرجوع خيرا له من القعود وذلك قوله تعالى هو أزكى لكم هذا اذا كان الدخول للزيارة ونحوها فأما اذا كان الدخول لتغيير المنكر بأن سمع فى دار صوت المزامير والمعازف فليدخل عليهم بغير اذنهم لان تغيير المنكر فرض فلو شرط الاذن لتعذر التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم وان كان من محارمه فلا يدخل بغير استئذان أيضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة لعموم النص الذى تلونا ولو دخل عليها من غير استئذان فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره عليها فيكرهان ذلك وهكذا روى أن رجلا سأل النبى عليه الصلاة والسلام وقال أنا أخدم أمى وأفرشها ألى أستأذن عليها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم فسأله ثلاثا فقال عليه الصلاة والسلام يسرك أن تراها عريانة فقال لا قال استأذن عليها وكذا روى عن حذيفة رضى الله عنه أن رجلا سأله فقال أستأذن على أختى فقال رضى الله عنه ان لم تستأذن رأيت ما يسوءك الا أن الامر فى الاستئذان على المحارم أيسر وأسهل لان المحرم مطلق النظر الى موضع الزينة منها شرعا هذا الذى ذكرنا حكم الاحرار البالغين (وأما) حكم المماليك والصبيان أما المملوك فيدخل فى بيت سيده من غير استئذان الا فى ثلاثة أوقات قبل صلاة الفجر وعند الظهر وبعد صلاة العشاء الآخرة لقوله تبارك وتعالى يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم الى قوله تعالى ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ولان هذه أوقات التجرد وظهور العورة فى العادة (أما) قبل صلاة الفجر فوقت الخروج من ثياب النوم ووقت الظهيرة وقت وضع الثياب للقيلولة وأما بعد صلاة العشاء فوقت وضع ثياب النهار للنوم ولا كذلك بعد هذه الاوقات الثلاث لان العورات بعدها تكون مستورة عادة والعبد والامة فى ذلك سواء وسواء كان المملوك صغيرا أو كبيرا بعد أن كان يعرف العورة من غير العورة لان هذه أوقات غرة وساعات غفلة فربما يكون على حالة يكره أن يراه أحد عليها وهذا المعنى يستوى فيه الذكر والانثى والكبير والصغير بعد أن يكون من أهل التمييز ويكون الخطاب فى الصغار للسادات بالتعليم والتأديب كما فى الآباء مع الابناء الصغار (وأما) الصبيان فان كان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها فيدخل فى الاوقات كلها وان كان من أهل التمييز بأن قرب من البلوغ يمنعه الأب من الدخول فى الاوقات الثلاثة تأديبا وتعليما لامور الدين كالامر بالصلاة اذا بلغ سبعا وضربه عليها اذا بلغ عشرا والتفريق بينهم فى المضاجع والله عز وجل أعلم هذا اذا كان البيت مسكونا بأن كان له ساكن وأما اذا لم يكن كالخانات والرباطات التى تكون للمارة والخربات التى تقضى فيها حاجة البول والغائط فلا بأس أن يدخله من غير استئذان لقوله سبحانه وتعالى ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم أى منفعة لكم وهى منفعة دفع الحر والبرد فى الخانات والرباطات ومنفعة قضاء الحاجة من البول والغائط فى الخربات والله سبحانه وتعالى أعلم وروى فى الخبر انه لما نزلت آية الاستئذان قال سيدنا أبو بكر رضى الله عنه يا رسول الله فكيف بالبيوت التى بين مكة والمدينة وبين المدينة والشام ليس فيها ساكن فأنزل الله تعالى عز وجل قوله ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم والله عز وجل الموفق هذا الذى ذكرنا حكم الدخول (وأما) حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة فان كان فى البيت امرأة أجنبية أو ذات رحم محرم لا يحل للرجل أن يخلو بها لان فيه خوف الفتنة والوقوع فى الحرام وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يخلون رجل بامرأة فان ثالثهما الشيطان وان كانت المرأة ذات رحم محرم منه فلا بأس بالخلوة والافضل أن لا يفعل لما روى عن عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما أنه قال ما خلوت بامرأة قط مخافة أن أدخل فى نهى النبى عليه الصلاة والسلام ويكره للمرأة أن تصل شعر غيرها من بنى آدم بشعرها لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الواصلة والمستوصلة ولان الآدمى بجميع أجزائه مكرم والانتفاع بالجزء المنفصل منه اهانة له ولهذا كره بيعه ولا بأس بذلك من شعر البهيمة وصوفها لانه

انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك ولهذا احتمل الاستعمال في سائر وجوه الانتفاع فكذا في التزين ولا بأس للرجل أن يعزل عن أمته بغير اذنها (وأما) المنكوحة فان كانت حرة يكره له العزل من غير اذنها بالاجماع لان لها في الولد حقا وفي العزل فوت الولد ولا يجوز تفويت حق الانسان من غير رضاه فاذا رضيت جاز وان كانت أمة فلا بد من الاذن أيضا بلا خلاف لكن الكلام في أن الاذن بذلك الى المولى أم اليها قال أبو حنيفة رحمه الله الاذن فيه الى مولاها وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اليها (وجه) قولهما ان لها حقا في قضاء الشهوة والعزل يوجب نقصانا فيه ولا يجوز ابطال حق الانسان من غير رضاه (وجه) قول أبي حنيفة رضي الله عنه ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت الولد الذي لها فيه حق والحق ههنا في الولد للمولى لا للامة وقولهما فيه نقصان قضاء الشهوة فنعم لكن حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال ألا ترى ان من الرجال من لا ماء له وهو يجامع امرأته من غير انزال ولا يكون لها حق الخصومة دل ان حقها في أصل قضاء الشهوة لا في وصف الكمال والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يقول في دعائه أسألك بحق أنبيائك ورسلك وبحق فلان لانه لا حق لأحد على الله سبحانه وتعالى جل شأنه وكذا يكره أن يقول في دعائه أسألك بمعقد العز من عرشك وروى عن أبي يوسف انه لا بأس بذلك لورود الحديث وهو ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه كان يقول في دعائه اللهم اني أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة (وجه) ظاهر الرواية ان ظاهر هذا اللفظ يوهم التشبيه لان العرش خلق من خلائق الله تبارك وتعالى جل وعلا فاستحال أن يكون عز الله تبارك وتعالى معقودا به وظاهر الخبر الذي هو في حد الآحاد اذا كان موهما للتشبيه فالكف عن العمل به أسلم ويكره حمل الخرقة لمسح العرق والامتخاط ترفعا بها وتكبرا لان التكبر من المخلوق مذموم وكذا هو تشبيه بزي العجم وقال سيدنا عمر رضي الله عنه اياكم وزي العجم فأما لحاجة فلا بأس به لانه لو لم يحمل لاحتاج الى الاخذ بالكم والذيل وفيه افساد ثوبه ولا بأس بربط الخيط في الاصبع أو الخاتم للحاجة لان فيه استعانة على قضاء حاجة المسلم بالتذكير ودفع النسيان وانه أمر مندوب اليه وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بعض الصحابة بذلك ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا أتيتم الغائط فعظموا قبلة الله تبارك وتعالى فلا تستقبلوها ولا تستدبروها ولكن شرقوا أو غربوا وهذا بالمدينة (وأما) الاستدبار فعن أبي حنيفة رضي الله عنه فيه روايتان في رواية يكره وفي رواية لا يكره لما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما أنه رأى النبي عليه الصلاة والسلام مستقبل الشام مستدبر القبلة ولان فرجه لا يوازي القبلة حالة الاستدبار وانما يوازي الارض بخلاف حالة الاستقبال هذا اذا كان في الفضاء فان كان في البيوت فكذلك عندنا وعند الشافعي عليه الرحمة لا بأس بالاستقبال في البيوت واحتج بما روى عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما سئل عن ذلك فقال انما ذلك في الفضاء (ولنا) مارويناه من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم مطلقا من غير فصل بين الفضاء والبيوت والعمل بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من العمل بقول الصحابي ولان الفارق بين الفضاء وبين البيوت ان كان وجود الحائل من الجدار ونحوه فقد وجد الحائل في الفضاء وهو الجبال وغيرها ولم يمنع الكراهة فكذا هذا ويكره أن تكون قبلة المسجد الى متوضأ أو مخرج أو حمام لان فيه ترك تعظيم المسجد وأما مسجد البيت وهو الموضع الذي عينه صاحب البيت للصلاة فلا بأس بذلك لانه ليس بمسجد حقيقة فلا يكون له حكم المسجد وتكره التصاوير في البيوت لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سيدنا جبريل عليه الصلاة والسلام أنه قال لا ندخل بيتا فيه كلب أو صورة ولان امساكها تشبه بعبدة الاوثان الا اذا كانت على البسط أو الوسائد الصغار التي تلقى على الارض ليجلس عليها تكره لان دوسها بالارجل اهانة لها فامساكها في موضع الاهانة لا يكون تشبها بعبدة الاصنام الا أن يسجد عليها فيكره لحصول معنى التشبه ويكره على الستور وعلى الازر المضروبة على الحائط وعلى الوسائد الكبار وعلى السقف لما فيه من تعظيمها

ولو

اولولم يكن لها رأس فلا بأس لانها لا تكون صورة بل تكون نقشاً فان قطع رأسه بان خاط على عنقه خيطاً فذلك
ليس بشئ لانها لم تخرج عن كونها صورة بل ازدادت حلية كالطوق لذوات الاطواق من الطيور ثم المكروه صورة
ذى الروح فاما صورة مالا روح له من الاشجار والقناديل ونحوها فلا بأس به ويكره التعشير والنقط فى المصحف
لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنهما جردوا مصاحفكم وذلك فى ترك التعشير والنقط ولان ذلك يؤدى الى
الخلل فى تحفظ القرآن لانه يتكل عليه فلا يجتهد فى التحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا فى بلادهم فاما فى بلاد
العجم فلا يكره لان العجم لا يقدرون على تعلم القرآن بدونه ولهذا جرى التعارف به فى عامة البلاد من غير نكير
فكان مسنونا لا مكروها ولا بأس بنقش المسجد بالجص والساج وماء الذهب لان تزيين المسجد من باب تعظيمه
لكن مع هذا تركه أفضل لان صرف المال الى الفقراء أولى واليه أشار عمر بن عبد العزيز رضى الله عنهما حين رأى
مالا ينقل الى المسجد الحرام فقال المساكين أحوج من الاساطين وكان لمسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم جريد
النخل وهذا اذا نقش من مال نفسه فاما من مال المسجد فلا ينبغى أن يفعل ولو فعل القيم من مال المسجد قيل انه
يضمن ولا يعق عن الغلام والجارية عندنا وعند الشافعى رحمه الله العقيقة سنة واحتج بما روى ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم عق عن سيدنا الحسن وسيدنا الحسين رضى الله عنهما كبشاً كبشاً (ولنا) ما روى عن سيدنا
رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال نسخت الاضحية كل دم كان قبلها ونسخ صوم رمضان كل صوم كان قبله
ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها والعقيقة كانت قبل الاضحية فصارت منسوخة بها كالعتيرة والعقيقة
ما كانت قبلها فرضاً بل كانت فضلا وليس بعد نسخ الفضل الا الكراهة بخلاف صوم عاشوراء وبعض
الصدقات المنسوخة حيث لا يكره التنفل بها بعد النسخ لان ذلك كان فرضاً وانتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه
قربة فى نفسه والله سبحانه وتعالى أعلم ويكره للرجل أن يجعل الراية فى عنق عبده ولا بأس بان يقيده اما الراية وهى
الغل فلانه شئ أحدثته الجبابرة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل
ضلالة فى النار فاما التقييد فليس بمحدث بل كان يستعمله الصحابة الكرام رضى الله تعالى عنهم روى أن عبد الله
بن عباس رضى الله عنهما قيد عبداً له يعلمه تأويل القرآن وبه جرت العادة فى سائر الاعصار من غير نكير فيكون اجماعا
ولان ضرب الراية على العبد لا بقاء التمكن من الانتفاع مع الامن عن الاباق الا ان لا يحصل بالراية لان كل أحد اذا
رآه يمشى مع الراية يظنه آبقا فيصرفه عن وجهه ويرده الى مولاه فلا يمكنه الانتفاع به فلم يكن ضرب الراية عليه مفيدا
ولا بأس بالحقنة لانها من باب التداوى وأنه أمر مندوب اليه قال النبى عليه الصلاة والسلام تداووا فان الله تعالى لم
يخلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم ويكره اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر وهى لعب تستعمله اليهود
لانه قمار أو لعب وكل ذلك حرام (أما) القمار فلقوله عز وجل (يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام
رجس) وهو القمار كذا روى ابن عباس وابن سيدنا عمر رضى الله عنهم وروى عن مجاهد وسعيد بن جبير والشعبى
وغيرهم رضى الله عنهم أنهم قالوا الميسر القمار كله حتى الجوز الذى يلعب به الصبيان وعن سيدنا على رضى الله عنه أنه
قال الشطرنج ميسر الاعاجم وعن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال ما الهاكم عن ذكر الله فهو ميسر (وأما) اللعب فلقوله
عليه الصلاة والسلام كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه وقوله عليه الصلاة والسلام ما أنا من دد
ولا ددمنى وحكى عن الشافعى رحمه الله أنه رخص فى اللعب بالشطرنج وقال لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الفهم
والعلم بتدابير الحرب ومكايده فكان من باب الادب فاشبه الرماية والفروسية وبهذا لا يخرج عن كونه قمارا ولعبا
وكل ذلك حرام لما ذكرنا وكره أبو يوسف التسليم على اللاعبين بالشطرنج تحقيراً لهم لزجرهم عن ذلك ولم يكرهه أبو
حنيفة رضى الله عنه لان ذلك يشغلهم عما هم فيه فكان التسليم بعض ما يمنعهم عن ذلك فلا يكره ولا بأس بعيادة اليهود
والنصارى لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا فقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى أبيه

فقال له أبوه أجب محمداً فأسلم ثم مات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذى أنقذ بى نسمة من النار ولان عيادة الجار قضاء حق الجوار وأنه مندوب اليه قال الله تبارك وتعالى والجار الجنب من غير فصل مع ما فى العيادة من الدعوة الى الايمان رجاء الايمان فكيف يكون مكروها ويكره الابتداء بالتسليم على اليهودى والنصرانى لان السلام اسم لكل بر وخير ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر الا أنه اذا سلم لا بأس بالرد عليه مجازاة له ولكن لا يزيد على قوله وعليك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ان اليهود اذا سلم عليكم أحدهم فانما يقول السام عليكم فقولوا وعليك ولا بأس بدخول أهل الذمة المساجد عندنا وقال مالك رحمه الله والشافعى لا يحل لهم دخول المسجد الحرام احتج مالك رحمه الله بقوله عز وجل انما المشركون نجس وتنزيه المسجد عن النجس واجب يحققه أنه يجب تنزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالنخامة ونحوها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان المسجد لينزوى من النخامة كما تنزوى الجلدة من النار فعن النجاسة أولى واحتج الشافعى رحمه الله بقوله جل وعلا (فلا يقربوا المسجد بعد عامهم هذا) خص المسجد الحرام بالنهى عن قربانه فيدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيداً (ولنا) أن المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روى أن أباسفيان دخل المسجد عام الحديبية وكذا وفد ثقيف دخلوا المسجد وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم فتح مكة من دخل المسجد فهو آمن جعل عليه الصلاة والسلام المسجد مأمناً ودعاهم الى دخوله وما كان عليه الصلاة والسلام ليدعو الى الحرام (وأما) الآية الكريمة فالمراد أنهم نجس الاعتقاد والافعال لا نجس الاعيان اذ لا نجاسة على أعيانهم حقيقة وقوله عز وجل (فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) نهى عن دخول مكة للحج لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لقوله تعالى (وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله ان شاء) ومعلوم ان خوف العيلة انما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة لا عن دخول المسجد الحرام نفسه لانهم اذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة ولما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سيدنا علياً رضى الله عنه ينادى الا لا يحجن بعد هذا العام مشرك فثبت ان هذا نهى عن دخول مكة للحج الا أنه سبحانه وتعالى ذكر المسجد الحرام لما أن المقصود من اتيان مكة البيت والبيت فى المسجد والله سبحانه وتعالى أعلم مسلم باع خمراً وأخذ ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين أن يأخذه منه ولو كان البائع نصرانيا فلا بأس بأخذه (ووجه) الفرق أن بيع الخمر من المسلم باطل لانها ليست بمتقومة فى حق المسلم فلا يملك ثمنها فبقى على حكم ملك المشترى فلا يصح قضاء الدين به وان كان البائع نصرانيا فالبيع صحيح لكونها مالا متقوما فى حقه فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه والله عز وجل أعلم رجل دعى الى وليمة أو طعام وهناك لعب أو غناء جملة الكلام فيه ان هذا فى الاصل لا يخلو من أحد وجهين اما أن يكون عالما ان هناك ذلك واما ان لم يكن عالما به فان كان عالما به فان كان من غالب رأيه أنه يمكنه التغيير يجيب لان اجابة الدعوى مسنونة قال النبى عليه الصلاة والسلام اذا دعى أحدكم الى وليمة فليأتها وتغيير المنكر مفروض فكان فى الاجابة اقامة الفرض ومراعاة السنة وان كان فى غالب رأيه أنه لا يمكنه التغيير لا بأس بالاجابة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة مسنونة ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير ألا ترى أنه لا يترك تشييع الجنازة وشهود المأتم وان كان هناك معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا ههنا وقيل هذا اذا كان المدعو اماما يقتدى به بحيث يحترم ويحتشم منه فان لم يكن فترك الاجابة والقعود عنها أولى وان لم يكن عالما حتى ذهب فوجد هناك لعبا أو غناء فان أمكنه التغيير غيروان لم يمكنه ذكر فى الكتاب وقال لا بأس بان يقعد ويأكل قال أبو حنيفة رضى الله عنه ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا أن اجابة الدعوة أمر مندوب اليه فلا يترك لاجل معصية توجد من الغير هذا اذا لم يعلم به حتى دخل فان علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل وقيل هذا اذا لم يكن اماما يقتدى به فان كان لا يمكث بل يخرج لان فى المكث استخفافا بالعلم والدين وتجرئة لاهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز وصبر أبى حنيفه رحمه الله محمول على وقت لم يصر فيه مقتدى به على الاطلاق ولو صار لما صبر ودلت المسئلة على أن مجرد الغناء

معصية

معصية وكذا الاستماع اليه وكذا ضرب القصب والاستماع اليه الاترى ان أباحنيفة رضى الله عنه سماه ابتلاء
و يكره الاحتكار والكلام فى الاحتكار فى موضعين أحدهما فى تفسير الاحتكار ومايصير به الشخص محتكرا
والثانى فى بيان حكم الاحتكار (أما) الاول فهو أن يشترى طعامافى مصر و يمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس
وكذلك لواشتراه من مكان قريب يحمل طعامه الى المصر وذلك المصر صغير وهذا يضر به يكون محتكرا وان كان
مصرا كبيرا لا يضر به لا يكون محتكرا ولوجلب الى مصر طعامامن مكان بعيد وحبسه لا يكون احتكارا وروى عن
أبى يوسف رحمه الله أنه يكون احتكارا لان كراهة الاحتكار بالشراء فى المصر والامتناع عن البيع لمكان الاضرار
بالعامة وقدوجد ههنا ولابى حنيفة رضى الله عنه قول النبى عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق وهذا جالب
ولان حرمة الاحتكار بحبس المشترى فى المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما بمنع حقهم على ماذكرولم يوجد ذلك فى
المشترى خارج المصر من مكان بعيد لانه متى اشتراه ولم يتعلق به حق أهل المصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا الافضل
له أن لا يفعل و يبيع لان فى الحبس ضررا بالمسلمين وكذلك ماحصل له من ضياعه بان زرع أرضه فأمسك
طعامه فليس ذلك باحتكار لانه لم يتعلق به حق أهل المصر لكن الافضل أن لا يفعل و يبيع لما قلنا ثم الاحتكار
يجرى فى كل مايضر بالعامة عند أبى يوسف رحمه الله قوتا كان أولا وعند محمد رحمه الله لا يجرى الاحتكار الا فى
قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والقت (وجه) قول محمد رحمه الله ان الضرر فى الاعم الاغلب
انما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا يتحقق الاحتكار الا به (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الكراهة
لمكان الاضرار بالعامة وهذا لا يختص بالقوت والعلف (وأما) حكم الاحتكار فنقول يتعلق بالاحتكار أحكام
(منها) الحرمة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المحتكر ملعون والجالب مرزوق ولا يلحق اللعن الا
بمباشرة المحرم و روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله و برئ الله منه
ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بارتكاب الحرام ولان الاحتكار من باب الظلم لان مابيع فى المصر فقد تعلق به حق
العامة فاذا امتنع المشترى عن بيعه عند شدة حاجتهم اليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وانه حرام وقليل
مدة الحبس وكثيرها سواء فى حق الحرمة لتحقق الظلم (ومنها) أن يؤمر المحتكر بالبيع ازالة للظلم لكن انما يؤمر
ببيع مافضل عن قوته وقوت أهله فان لم يفعل وأصر على الاحتكار و رفع الى الامام مرة أخرى وهو مصر عليه
فان الامام يعظه و يهدده فان لم يفعل و رفع اليه مرة ثالثة يحبسه و يعزره زجرا له عن سوء صنعه ولا يجبر على البيع
وقال محمد يجبر عليه وهذا يرجع الى مسئلة الحجر على الحر لان الجبر على البيع فى معنى الحجر وكذا لا يسعر لقوله عز
وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عليه الصلاة
والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه و روى ان السعر غلا فى المدينة وطلبوا التسعير من رسول الله
صلى الله عليه وسلم فلم يسعر وقال ان الله تبارك وتعالى هو المسعر القابض الباسط (ومنها) انه اذا خاف الامام الهلاك
على أهل المصر أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا عليهم مثله لانهم اضطروا اليه ومن اضطر الى
مال الغير فى مخمصة كان له أن يتناوله بالضمان لقوله تعالى فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وكذا
يكره تلقى الركبان اذا كان يضر بأهل المصر لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن تلقى الركبان ولان فيه
اضرارا بالعامة فيكره كما يكره الاحتكار و يكره خرق الزق الذى فيه خمر لمسلم عند أبى حنيفة رحمه الله ولو خرق
يضمن وعند أبى يوسف ومحمد لا يكره ولا يضمن وعلى هذا الخلاف كسر آلات الملاهى من البربط والعود
والزمارة ونحوها والمسئلة تعرف فى كتاب البيوع رجل ابتلع درة رجل فمات المبتلع فان ترك مالا كانت قيمة
الدرة فى تركته وان لم يترك مالا لا يشق بطنه لان الشق حرام وحرمة النفس أعظم من حرمة المال وعليه قيمة الدرة
لانه استهلكها وهى ليست من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالقيمة فان ظهر له مال فى الدنيا قضى منه والا فهو

مأخوذبه فى الآخرة حامل ماتت فاضطرب فى بطنها ولد فان كان فى أكبر الرأى انه حى يشق بطنها لانا ابتلينا ببليتين فنختار أهونهما وشق بطن الام الميتة أهون من اهلاك الولد الحى رجل له ورثة صغار فاراد أن يوصى نظر فى ذلك فان كان أكبر رأيه انه تقع الكفاية لهم بما سوى ثلث الوصية من المتروك فالوصية بالثلث أفضل لان فيه رعاية الجانبين وان كان أكبر رأيه انه لا تقع الكفاية لهم الا بكل المتروك فالمتروك لهم أفضل من الوصية لما روى ان سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بكم يوصى الرجل من ماله فقال عليه الصلاة والسلام بالثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس رجل رأى رجلا قتل أباه وادعى القاتل انه قتله بقصاص أو ردة ولم يعلم الابن من ذلك شيأ وسع الابن أن يقتله لانه عاين السبب الموجب للقصاص فى الاصل وهو القتل العمد لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود الا أن يعفو أو يفادى والقاتل يدعى أمرا عارضا فلا يسمع الا بحجة وكذلك اذا أقر بالقتل فى السر ثم ادعى انه قتله بقصاص أو بردة كان الابن فى سعة من قتله لان الاقرار بالقتل العمد اقرار بالسبب الموجب للقصاص فى الاصل على ما بينا ولو لم يعاين القتل ولا أقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل أو على الاقرار به لم يسعه قتله حتى يقضى القاضى بشهادتهما فرقا بين الاقرار و بين الشهادة ووجه الفرق بينهما ظاهر لان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى لما فيها من تهمة جر النفع فلا تندفع التهمة الا بقضاء القاضى (فاما) الاقرار فحجة بنفسه اذ الانسان غير متهم فى الاقرار على نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل او سمع اقراره به أن يعين الولى على قتله لانه اعانة لصاحب الحق على استيفاء حقه ظاهرا ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل مما يحل دمه من القتل والردة فان كانا ممن يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده لا ينبغى للابن أن يعجل بالقتل لجواز أن يتصل القضاء بشهادتهما فيتبين انه قتله بغير حق والامتناع عن المباح أولى من ارتكاب المحظور وان كانا ممن لا يقضى القاضى بشهادتهما لو شهدا عنده كالمحدودين فى القذف والنساء وحدهن كان فى سعة من قتله لما ذكرنا ان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضاء القاضى فان كانت ممن لا يتصل بها القضاء كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ولكن مع هذا ان توقف فى ذلك فهو أفضل لاحتمال اتصال القضاء به فى الجملة أو لاحتمال أن يكون صدقا حقيقة عند الله عز وجل ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود فى القذف ينبغى أن يتوقف فى القتل لجواز أن ينضم اليه شاهد آخر ولهذا لو شهد عند القاضى لتوقف أيضا فكان الانتظار أفضل ولو لم ينتظر واستعجل فى قتله كان فى سعة منه لان الموجود أحد شطرى الشهادة وانه لا يعتبر بدون الشطر الآخر ولو عاين الوارث رجلا أخذ مالا من أبيه أو أقر عنده انه أخذ مالا من أبيه وادعى أنه كان وديعة له عند أبيه أو كان دينا له عليه اقتضاه منه وسعه أن يأخذه منه لانه لما عاين أخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان فى الاصل وهو الاخذ لان الاخذ فى الاصل سبب لوجوب ضمان المأخوذ وهو رد عينه ان كان قائما ورد بدله ان كان هالكا لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده ودعوى الايداع والدين أمر عارض فلا يسمع الا بحجة وله أن يأخذه منه ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك وكذا اذا أقر بذلك لانه أقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله أن يأخذه منه وكذلك يسع لمن عاين ذلك أو سمع اقراره أن يعينه على الاخذ منه لكونه اعانة على استيفاء الحق ظاهرا ولو لم يعاين ذلك ولا أقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده ان هذا الشئ الذى فى يد فلان ملك ورثته عن أبيك لا يسعه أخذه منه حتى يقضى القاضى بخلاف الاقرار وقد مر الفرق بينهما فى فصل القتل والله عز وجل أعلم (وأما) الذى ثبت حرمته فى حق الرجال دون النساء فثلاثة أنواع منها لبس الحرير المصمت من الديباج والقز لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج و باحدى يديه حرير و بالاخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور أمتى حل لاناثها * وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه حلة فقال يارسول الله كسوتنى حلة

وقد قلت فى حلة عطارد انما يلبسه من لا خلاق له فى الآخرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انى لم أكسكها لتلبسها وفى رواية انما أعطيتك لتكسو بعض نسائك * فان قيل أليس روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وعليه قباء من ديباج قيل نعم ثم نسخ لما روى عن أنس رضى الله عنه انه قال لبس رسول الله صلى الله عليه وسلم جبة حرير أهداها له أكيدر دومة وذلك قبل أن ينهى عنه كذا قال أنس وهذا فى غير حال الحرب (وأما) فى حال الحرب فكذلك عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يكره لبس الحرير فى حال الحرب وجه قولهما ان فى لبس الحرير فى حال الحرب ضرورة لانه يحتاج الى دفع ضرر السلاح عنه والحرير أدفع له وأهيب للعدو وأيضا فرخص للضرورة ولابى حنيفة رضى الله عنه اطلاق التحريم الذى روينا من غير فصل بين حال الحرب وغيرها وما ذكراه من الضرورة يندفع بلبس ما لحمته حرير وسداه غير حرير لان دفع ضرر السلاح وتهيب العدو يحصل به فلا ضرورة الى لبس الحرير الخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير والصغير فى الحرمة بعد ان كان ذكرا لان النبى عليه الصلاة والسلام أدار هذا الحكم على الذكورة بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتى الا ان اللابس اذا كان صغيرا فلا اثم على من ألبسه لا عليه لانه ليس من أهل التحريم عليه كما اذا سقى خمرا فشربها كان الاثم على الساقى لا عليه كذا ههنا هذا اذا كان كله حريرا وهو المصمت فان كانت لحمته حريرا وسداه غير حرير لا يكره لبسه فى حال الحرب بالاجماع لما ذكرنا من ضرورة دفع مضرة السلاح وتهييب العدو فاما فى غير حال الحرب فمكروه لانعدام الضرورة وان كان سداه حريرا ولحمته غير حرير لا يكره فى حال الحرب وغيرها وههنا نكتتان احداهما ان الثوب يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت اللحمة كالوصف الاخير فيضاف الحكم اليه وهذه النكتة تقتضى اباحة لبس الثياب العتابى والنكتة الثانية وهى نكتة الشيخ أبى منصور ان السدى اذا كان حريرا واللحمة غير حرير يصير السدى مستورا باللحمة فأشبه الحشو وهذه النكتة تقتضى أن لا يباح لبس العتابى لان سداه ظاهر غير مستور والصحيح هو النكتة الاولى لان رواية الاباحة فى لبس مطلق ثوب سداه حرير ولحمته غير حرير منصوصة فتجرى على اطلاقها فلا تناسبها الا النكتة الاولى ولو جعل حشو القباء حريرا أو قزا لا يكره لانه مستور بالظهارة فلم يحصل معنى التزين والتنعم الا يرى أن لابس هذا الثوب لا يسمى لابس الحرير والقز ولو جعل الحرير بطانة يكره لانه لابس الحرير حقيقة وكذا معنى التنعم حاصل للتزين بالحرير ولطفه هذا اذا كان الحرير كثيرا فان كان قليلا كاعلام الثياب والعمائم قدر أربعة أصابع فما دونها لا يكره وكذا العلم المنسوج بالذهب لانه تابع والعبرة للمتبوع ألا ترى ان لابسه لا يسمى لابس الحرير والذهب وكذا جرت العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر فى سائر الاعصار من غير نكير فيكون اجماعا وكذا الثوب والقلنسوة الذى جعل على أطرافها حرير لا يكره اذا كان قدر أربعة أصابع فما دونها لما قلنا وروى أن النبى عليه الصلاة والسلام لبس فروة وعلى أطرافها حرير وعن محمد انه لا يسع ذلك فى القلنسوة وان كان أقل من أربعة أصابع وانما رخص أبو حنيفة رضى الله عنه اذا كان فى عرض الثوب وذكر فى نوادر هشام عن محمد رحمه الله انه يكره تكة الديباج والابريسم لانه استعمال الحرير مقصودا لا بطريق التبعية فيكره وان قل بخلاف العلم ونحوه هذا الذى ذكرنا حكم لبس الحرير (فأما) حكم التوسد به والجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند أبى حنيفة عليه الرحمة وعند أبى يوسف ومحمد مكروه (لهما) اطلاق التحريم الذى روينا من غير فصل بين اللبس وغيره ولان معنى التزين والتنعم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسد والجلوس والنوم ولابى حنيفة ما روى انه كان على بساط عبد الله بن عباس رضى الله عنهما مرفقة من حرير وروى ان أنسا رضى الله عنه حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور فدل فعله رضى الله عنه على رخصة الجلوس على الحرير وعلى الوسادة الصغيرة التى عليها صورة وبه تبين ان المراد من التحريم فى الحديث تحريم اللبس فيكون فعل الصحابى مبينا لقول النبى عليه الصلاة والسلام لا مخالفا له والقياس باللبس غير

سـديدلان التزين بهذه الجهات دون التزين باللبس لانه استعمال فيه اهانة المستعمل بخلاف اللبس فيبطل الاستدلال به (وأما) المرأة فيحل لها لبس الحرير المصمت والديباج والقزلان النبي عليه الصلاة والسلام أحل هذا للاناث بقوله عليه الصلاة والسلام حل لاناثها (ومنها) الذهب لان النبي عليه الصلاة والسلام جمع بين الذهب و بين الحرير في التحريم على الذكور بقوله عليه الصلاة والسلام هذان حرامان على ذكور أمتي فيكره للرجل التزين بالذهب كالتختم ونحوه ولا يكره للمرأة لقوله عليه الصلاة والسلام حل لاناثها وروى عن النعمان بن بشير رضي الله عنه أنه قال اتخذت خاتما من ذهب فدخلت على سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مالك اتخذت حلى أهل الجنة قبل أن تدخلها فرميت ذلك واتخذت خاتما من حديد فدخلت عليه فقال مالك اتخذت حلى أهل النار فاتخذت خاتما من نحاس فدخلت عليه فقال انى أجد منك ريح الاصنام فقلت كيف أصنع يارسول الله فقال عليه الصلاة والسلام اتخذه من الورق ولا تزد على المثقال والاصل ان استعمال الذهب فيما يرجع الى التزين مكروه في حق الرجل دون المرأة لما قلنا واستعماله فيما ترجع منفعته الى البدن مكروه في حق الرجل والمرأة جميعا حتى يكره الاكل والشرب والادهان والتطيب من مجامر الذهب للرجل والمرأة لقول النبي عليه الصلاة والسلام ان الذى يشرب من آنية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم ومعلوم ان الذهب أشد حرمة من الفضة ألا يرى انه رخص عليه الصلاة والسلام التختم بالفضة للرجال ولا رخصة في الذهب أصلا فكان النص الوارد في الفضة واردا في الذهب دلالة من طريق الاولى كتحريم التأفيف مع تحريم الضرب والشتم وكذلك الاكتحال بمكحلة الذهب أو بميل من ذهب مكروه للرجل والمرأة جميعا لان منفعته عائدة الى البدن فأشبه الاكل والشرب (وأما) الاناء المضبب بالذهب فلا بأس بالاكل والشرب فيه عند أبى حنيفة رضي الله عنه وهو قول محمد ذكره في الموطأ وعند أبى يوسف يكره (وجه) قول أبى يوسف أن استعمال الذهب حرام بالنص وقد حصل باستعمال الاناء فيكره (وجه) قولهما أن هذا القدر من الذهب الذى عليه هو تابع له والعبرة للمتبوع دون التابع كالثوب المعلم والجبة المكفوفة بالحرير وعلى هذا الخلاف الجلوس على السرير المضبب والكرسى والسرج واللجام والركاب والثفر المضببة وكذا المصحف المضبب على هذا الخلاف وكذا حلقة المرآة اذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه كتابة بذهب على هذا الاختلاف (وأما) السيف المضبب والسكين فلا بأس به بالاجماع وكذلك المنطقة المضببة لورود الآثار بالرخصة بذلك في السلاح ولا بأس بشد الفص بمسمار الذهب لانه تبع للفص والعبرة للاصل دون التبع كالعلم للثوب ونحوه (وأما) شد السن المتحرك بالذهب فقد ذكر الكرخى رحمه الله أنه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر في الجامع الصغير انه يكره عند أبى حنيفة وعند محمد رحمهما الله لا يكره ولو شدها بالفضة لا يكره بالاجماع وكذا لوجدع أنفه فاتخذ أنفا من ذهب لا يكره بالاتفاق لان الانف ينتن بالفضة فلا بد من اتخاذه من ذهب فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمته وقد روى أن عرفجة أصيب أنفه يوم الكلاب فاتخذ أنفا من ورق فانتن فأمره سيدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب و بهذا الحديث يحتج محمد على ما ذكر في الجامع لجواز تضبيب السن بالذهب ولانه يباح له أن يشده بالفضة فكذا بالذهب لانهما في حرمة الاستعمال على السواء ولانه تبع للسن والتبع حكمه حكم الاصل وهذا يوافق أصل أبى حنيفة رضي الله عنه وحجة ما ذكر أبو حنيفة رضي الله عنه في الجامع اطلاق التحريم من غير فصل ولا يرخص مباشرة المحرم الا لضرورة وهي تندفع بالادنى وهو الفضة فبقى الذهب على أصل التحريم والاستدلال بالفضة غير سديد لتفاوت بين الحرمتين على ما مر ولو سقط سنه يكره أن يأخذ سن ميت فيشدها مكان الاولى بالاجماع وكذا يكره أن يعيد تلك السن الساقطة مكانها عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولكن يأخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها وقال أبو يوسف رحمه الله لا بأس بسنه و يكره سن غيره قال ولا يشبه سنه سن ميت استحسن ذلك و بينهما عندى فصل ولكن لم يحضرنى (ووجه) الفصل له من وجهين أحدهما ان سن نفسه جزء منفصل للحال عنه لكنه يحتمل أن يصير متصلا في الثاني بأن يلتئم فيشتد

بنفسه فيعود الى حالته الاولى واعادة جزء منفصل الى مكانه ليلتئم جائز كما اذا قطع شئ من عضوه فأعاده الى مكانه فأما سن غيره فلا يحتمل ذلك والثانى ان استعمال جزء منفصل عن غيره من بنى آدم اهانة بذلك الغير والآدمى بجميع أجزائه مكرم ولا اهانة فى استعمال جزء نفسه فى الاعادة الى مكانه (وجه) قولهما ان السن من الآدمى جزء منه فاذا انفصل استحق الدفن ككله والاعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا تجوز وهذا لا يوجب الفصل بين سنه وسن غيره (ومنها) الفضة لان النص الوارد بتحريم الذهب على الرجال يكون واردا بتحريم الفضة دلالة فيكره للرجال استعمالها فى جميع ما يكره استعمال الذهب فيه الا التختم به اذا ضرب على صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد على المثقال لما روينا من حديث النعمان بن بشير رضى الله عنهما وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين من الفضة لما مر وما لا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال الفضة من طريق الاولى لانها أخف حرمة من الذهب وقد ذكرنا جميع ذلك على الاتفاق والاختلاف فلا نعيده (وأما) التختم بما سوى الذهب والفضة من الحديد والنحاس والصفر فمكروه للرجال والنساء جميعا لانه زى أهل النار لما روينا من الحديث (وأما) الاوانى المموهة بماء الذهب والفضة الذى لا يخلص منه شئ فلا بأس بالانتفاع بها فى الاكل والشرب وغير ذلك بالاجماع وكذا لا بأس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف المموه لان التمويه ليس بشئ ألا يرى انه لا يخلص والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

## كتاب البيوع

الكلام فى هذا الكتاب فى الاصل فى مواضع فى بيان ركن البيع وفى بيان شرائط الركن وفى بيان أقسام البيع وفى بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها وفى بيان حكم البيع وفى بيان ما يرفع حكم البيع (أما) ركن البيع فهو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل (أما) القول فهو المسمى بالايجاب والقبول فى عرف الفقهاء والكلام فى الايجاب والقبول فى موضعين أحدهما فى صيغة الايجاب والقبول والثانى فى صفة الايجاب والقبول (أما) الاول فنقول وبالله التوفيق الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى وقد يكون بصيغة الحال (أما) بصيغة الماضى فهى أن يقول البائع بعت ويقول المشترى اشتريت فيتم الركن لان هذه الصيغة وان كانت للماضى وضعا لكنها جعلت ايجابا للحال فى عرف أهل اللغة والشرع والعرف قاض على الوضع وكذا اذا قال البائع خذ هذا الشئ بكذا أو أعطيتكه بكذا أو هو لك بكذا أو بذلتكه بكذا وقال المشترى قبلت أو أخذت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك فانه يتم الركن لان كل واحد من هذه الالفاظ يؤدى معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة (وأما) صيغة الحال فهى أن يقول البائع للمشترى أبيع منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب فقال المشترى اشتريت أو قال المشترى اشترى منك هذا الشئ بكذا ونوى الايجاب وقال البائع أبيعه منك بكذا وقال المشترى اشتريه ونويا الايجاب يتم الركن وينعقد وانما اعتبرنا النية ههنا وان كانت صيغة افعل للحال هو الصحيح لانه غلب استعمالها للاستقبال اما حقيقة أو مجازا فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق بأن يقول المشترى للبائع اتبيع منى هذا الشئ بكذا أو أبعته منى بكذا فقال البائع بعت لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشترى اشترى منى هذا الشئ بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت وهل ينعقد بصيغة الاستقبال وهى صيغة الامر بأن يقول المشترى للبائع بع عبدك هذا منى بكذا فيقول البائع بعت قال أصحابنا رحمهم الله لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت وكذا اذا قال البائع للمشترى اشتر منى هذا الشئ بكذا فقال اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت عندنا وقال الشافعى رحمه الله ينعقد (وجه) قوله ان هذه الصيغة تصلح شطر العقد فى الجملة ألا ترى ان من قال لآخر تزوج ابنتى فقال المخاطب تزوجت أو قال زوج ابنتك منى فقال زوجت ينعقد النكاح فاذا

صلحت هـذه الصيغة شطراً فى النكاح صلحت شطرا فى البيع لان الركن فى كل واحد منهما هو الايجاب والقبول ولنا ان قوله بع أو اشتر طلب الايجاب والقبول وطلب الايجاب والقبول لا يكون ايجابا وقبولا فلم يوجد الا أحد الشطرين فلا يتم الركن ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام لكون الاستفهام سؤال الايجاب والقبول لا ايجابا وقبولا كذا هذا وهذا هو القياس فى النكاح الا انا استحسنا فى النكاح بنص خاص وهو ما روى أبو يوسف ان بلالا خطب الى قوم من الانصار فأبوا أن يزوجوه فقال لولا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى أن أخطب اليكم لم أخطب فقالوا له أملكت ولم ينقل ان بلالا رضى الله عنه قال قبلت فتركنا القياس هناك بالنص ولا نص فى البيع فوجب العمل بالقياس ولان هذه الصيغة مساومة حقيقة فلا تكون ايجابا وقبولا حقيقة بل هى طلب الايجاب والقبول فلا بد للايجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما ولا يمكن حمل هذه الصيغة على المساومة فى باب النكاح لان المساومة لا توجد فى النكاح عادة فحملت على الايجاب والقبول على ان الضرورة توجب أن يكون قول القائل زوج ابنتك منى شطر العقد فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولى لجواز ان يزوج ولا يقبل المخاطب فيلحقه الشين فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الاولياء وهذا المعنى فى باب البيع منعدم فبقيت سؤالا فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر (وأما) صفة الايجاب والقبول فهو ان أحدهما لا يكون لازما قبل وجود الآخر فأحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الآخر حتى اذا وجد أحد الشطرين من أحد المتبايعين فللآخر خيار القبول وله خيار الرجوع قبل قبول الآخر لما روى عن أبى هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار الرجوع ولان أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبورا على ذلك الشطر وهذا لا يجوز (وأما) المبادلة بالفعل فهى التعاطى ويسمى هذا البيع بيع المراوضة وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز البيع بالتعاطى لان البيع فى عرف الشرع كلام ايجاب وقبول فاما التعاطى فلم يعرف فى عرف الشرع بيعاً وذكر القدورى ان التعاطى يجوز فى الاشياء الخسيسة ولا يجوز فى الاشياء النفيسة ورواية الجواز فى الاصل مطلق عن هذا التفصيل وهى الصحيحة لان البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة وهى مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الاخذ والاعطاء وانما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله عز وجل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة عبارة عن جعل الشىء للغير ببدل وهو تفسير التعاطى وقال سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين أطلق سبحانه وتعالى اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع وقال الله عز وجل ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال فى سبيل الله تعالى اشتراء وبيعا لقوله تعالى فى آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذى بايعتم به وان لم يوجد لفظ البيع واذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الاخذ والاعطاء فهذا يوجد فى الاشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطى فى كل ذلك بيعاً فكان جائزاً

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فلا يمكن الوصول الى معرفتها الا بعد معرفة أقسام البياعات لان منها ما يعم البياعات كلها (ومنها) ما يخص البعض دون البعض فنقول البيع فى القسمة الاولى ينقسم قسمين قسم يرجع الى البدل وقسم يرجع الى الحكم (أما) الذى يرجع الى البدل فينقسم قسمين آخرين أحدهما يرجع الى البدلين والآخر يرجع الى أحدهما وهو الثمن أما الاول فنقول البيع فى حق البدلين ينقسم أربعة أقسام بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع ويسمى بيع المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالأثمان المطلقة وهى الدراهم والدنانير وبيعها بالفلوس النافقة وبالمكيل الموصوف فى الذمة والموزون الموصوف والعددى المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعين وهو السلم وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الصرف (فاما) الذى يرجع الى أحد البدلين وهو الثمن فينقسم فى حق البدل وهو الثمن خمسة أقسام بيع المساومة وهو مبادلة المبيع بأى ثمن اتفق

و بيع المرابحة وهو مبادلة المبيع بمثل الثمن الاول و زيادة ربح و بيع التولية وهو المبادلة بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان و بيع الاشتراك وهو التولية لكن فى بعض المبيع ببعض الثمن و بيع الوضيعة وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان شىء منه وأما القسم الذى يرجع الى الحكم فنذكره فى باب حكم البيع ان شاء الله تعالى واذا عرفت أقسام البياعات فنذكر شرائطها وهى انواع بعضها شرط الانعقاد و بعضها شرط النفاذ وهو ما لا يثبت الحكم بدونه وان كان قد ينعقد التصرف بدونه و بعضها شرط الصحة وهو ما لا صحة له بدونه وان كان قد ينعقد و ينفذ بدونه و بعضها شرط اللزوم وهو ما لا يلزم البيع بدونه وان كان قد ينعقد و ينفذ بدونه (أما) شرائط الانعقاد فانواع بعضها يرجع الى العاقد و بعضها يرجع الى نفس العقد و بعضها يرجع الى مكان العقد و بعضها يرجع الى المعقود عليه (أما) الذى يرجع الى العاقد فنوعان أحدهما أن يكون عاقلا فلا ينعقد بيع المجنون والصبى الذى لا يعقل لان أهلية المتصرف شرط انعقاد التصرف والاهلية لا تثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه فاما البلوغ فليس بشرط لانعقاد البيع عندنا حتى لو باع الصبى العاقل مال نفسه ينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه وعلى اجازة نفسه بعد البلوغ وعند الشافعى شرط فلا تنعقد تصرفات الصبى عنده اصلا وكذا ليس بشرط النفاذ فى الجملة حتى لو توكل عن غيره بالبيع والشراء ينفذ تصرفه وعنده لا ينفذ وهى مسئلة كتاب المأذون وكذا الحرية ليست بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتى ينفذ بيع العبد المأذون بالاجماع و ينعقد بيع العبد المحجور اذا باع مال مولاه موقوفا على اجازته عندنا وكذا الملك والولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاذ حتى يتوقف بيع الفضولى وعنده شرط حتى لا يتوقف أصلا والمسئلة تأتى فى موضعها وكذا اسلام البائع ليس بشرط لانعقاد البيع ولا لنفاذه ولا لصحته بالاجماع فيجوز بيع الكافر وشراؤه وقال الشافعى اسلام المشترى شرط جواز شراء الرقيق المسلم والمصحف حتى لا يجوز ذلك من الكافر (وجه) قوله ان فى تملك الكافر المسلم اذلالا بالمسلم وهذا لا يجوز ولهذا يجبر على بيعه عندكم ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع العبد المسلم من المسلم و بين بيعه من الكافر فهو على العموم الا حيث ماخص بدليل ولان الثابت للكافر بالشراء ليس الا الملك فى المسلم والكافر من أهل ان يثبت الملك له على المسلم الا ترى ان الكافر يرث العبد المسلم من أبيه وكذا اذا كان له عبد كافر فأسلم بقى ملكه فيه وهو فى الحقيقة ملك مبتدأ لان الملك عرض لا بقاء له فدل ان الكافر من أهل ثبوت الملك له فى المسلم وقوله فيه اذلال بالمسلم قلنا الملك عندنا لا يظهر فيما فيه اذلال بالمسلم فانه لا يظهر فى حق الاستخدام والوطء والاستمتاع بالجارية المسلمة وانما يظهر فيما لا ذل فيه من الاعتاق والتدبير والكتابة والبيع و به تبين ان الجبر على البيع ليس لدفع الذل اذ لا ذل على ما بينا ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك فى الاسلام لعداوة بين المسلم والكافر واذا جاز شراء الذمى العبد المسلم فيجوز اعتاقه وتدبيره واستيلاده وكتابته لان جواز هذه التصرفات مبنى على الملك وقد وجد الا انه اذا دبره يسعى العبد فى قيمته لانه لا سبيل الى ابقائه على ملكه ولا سبيل الى الازالة بالبيع لانه بيع المدبر وانه لا يجوز فتعينت الازالة بالسعاية وكذا اذا كانت أمة فاستولدها فانها تسعى فى قيمتها لما قلنا و يوجع الذمى ضربا بوطئه المسلمة لانه حرام عليه فيستحق التعزير واذا كاتبه لا يعترض عليه لانه أزال يده عنه حتى لو عجز ورد فى الرق يجبر على بيعه وكذا الذمى اذا ملك شقصا فالحكم فى البعض كالحكم فى الكل ولو اشتراه مسلم من الكافر شراء فاسدا فانه يجبر على الرد لان رد الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر الكافر على بيعه والله سبحانه وتعالى أعلم وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز بيع الاخرس وشراؤه اذا كانت الاشارة مفهومة فى ذلك لانه اذا كانت الاشارة مفهومة فى ذلك قامت الاشارة مقام عبارته هذا اذا كان الخرس أصليا بان ولد أخرس فاما اذا كان عارضا بان طرأ عليه الخرس فلا الا اذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الاشارة مفهومة فيلحق بالاخرس الاصلى والثانى العدد فى العاقد فلا يصلح الواحد عاقدا من الجانبين فى باب البيع الا الاب فيما يبيع مال نفسه من ابنه الصغير بمثل

قيمته أو بما يتغابن الناس فيه عادة أو يشترى مال الصغير لنفسه بذلك عند أصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس أن لا يجوز ذلك أيضا وهو قول زفر رحمه الله وجه القياس ان الحقوق فى باب البيع ترجع الى العاقد وللبيع حقوق متضادة مثل التسليم والتسلم والمطالبة فيؤدى الى أن يكون الشخص الواحد فى زمان واحد مسلماً ومتسلماً طالباً ومطالباً وهذا محال ولهذا لم يجز أن يكون الواحد وكيلا من الجانبين فى باب البيع لما ذكرنا من الاستحالة و يصلح رسولا من الجانبين لان الرسول لا تلزمه الحقوق فلا يؤدى الى الاستحالة وكذا القاضى يتولى العقد من الجانبين لان الحقوق لا ترجع اليه فكان بمنزلة الرسول و بخلاف الوكيل فى باب النكاح لان الحقوق لا ترجع اليه فكان سفيراً محضاً بمنزلة الرسول وجه الاستحسان قوله تبارك وتعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن فيملكه الاب وكذا البيع والشراء بمثل قيمته و بما يتغابن الناس فيه عادة قد يكون قربانا على وجه الاحسن بحكم الحال والظاهر ان الاب لا يفعل ذلك الا فى تلك الحال لكمال شفقته فكان البيع والشراء بذلك قربانا على وجه الاحسن وقوله يؤدى الى الاستحالة قلنا ممنوع فانه يجعل كأن الصبى باع أو اشترى بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكما فلا يؤدى الى الاستحالة (وأما) الوصى اذا باع مال نفسه من الصغير أو اشترى مال الصغير لنفسه فان لم يكن فيه نفع ظاهر لا يجوز بالاجماع وان كان فيه نفع ظاهر جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز لان القياس يأبى جوازه أصلا من الاب والوصى جميعا لما ذكرنا من الاستحالة الا ان الاب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقة متعدداً ذاتاً و رأياً وعبارة والوصى لا يساويه فى الشفقة فبقى الامر فيه على أصل القياس ولابى حنيفة وأبى يوسف رضى الله عنهما ان تصرف الوصى اذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله على وجه الاحسن فيملكه بالنص قوله لا يمكن الحاق الوصى بالاب لقصور شفقته قلنا الوصى له شبهان شبه بالاب وشبه بالوكيل اما شبهه بالوكيل فلكونه أجنبياً وشبهه بالاب لكونه مرضى الاب فالظاهر انه ما رضى به الا لوفور شفقته على الصغير فأثبتنا الولاية عند ظهور النفع عملا بشبه الاب وقطعنا ولايته عند عدمه عملا بشبه الوكيل عملا بالشبهين بقدر الامكان

﴿ فصل ﴾ وأما الذى يرجع الى نفس العقد فهو أن يكون القبول موافقا للايجاب بأن يقبل المشترى ما أوجبه البائع و بما أوجبه فان خالفه بان قبل غير ما أوجبه أو بعض ما أوجبه أو بغير ما أوجبه أو ببعض ما أوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدأ موافق بيان هذه الجملة اذا أوجب البيع فى العبد فقبل فى الجارية لا ينعقد وكذا اذا أوجب فى العبدين فقبل فى أحدهما بان قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقال المشترى قبلت فى هذا العبد وأشار الى واحد معين لا ينعقد لان القبول فى أحدهما تفريق الصفقة على البائع والصفقة اذا وقعت مجتمعة من البائع لا يملك المشترى تفريقها قبل التمام لان من عادة التجار ضم الردىء الى الجيد ترويجا للردىء بواسطة الجيد فلو ثبت للمشترى ولاية التفريق لقبل فى الجيد دون الردىء فيتضرر به البائع والضرر منفى ولان غرض الترويج لا يحصل الا بالقبول فيهما جميعا فلا يكون راضيا بالقبول فى أحدهما ولان القبول فى أحدهما يكون اعراضا عن الجواب بمنزلة القيام عن المجلس وكذا لو أوجب البيع فى كل العبد فقبل المشترى فى نصفه لا ينعقد لان البائع يتضرر بالتفريق لانه يلزمه عيب الشركة ثم اذا قبل المشترى بعض ما أوجبه البائع كان هذا شراء مبتدأ من البائع فان اتصل به الايجاب من البائع فى المجلس فينظر ان كان للبعض الذى قبله المشترى حصة معلومة من الثمن جاز والا فلا بيانه اذا قال بعت منك هذين الكرين بعشرين درهما فقبل المشترى فى أحدهما وأوجب البائع جاز لان الثمن ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء فيما له مثل فكان بيع الكرين بعشرين بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين وكذلك اذا قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فقبل المشترى فى أحدهما و بين ثمنه فقال البائع بعت يجوز فاما اذا لم يبين ثمنه لا يجوز وان ابتدأ البائع الايجاب بخلاف مسئلة الكرين وسائر الاشياء المتماثلة لما ذكرنا ان الثمن فى المثليات ينقسم على المبيع باعتبار الاجزاء فكان حصة كل واحد معلوما وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن على المبيع باعتبار الاجزاء لانعدام تماثل الاجزاء واذا لم

ينقسم

ينقسم بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة وجهالة الثمن تمنع صحة البيع هذا اذا لم يبين البائع حصة كل واحد من العبدين بأن قال بعت منك هذين العبدين بألف درهم فأما اذا بين بأن قال بعت منك هذين العبدين هذا بألف وهذا بخمسمائة فقبل المشتري في أحدهما دون الآخر جاز البيع لانعدام تفريق الصفقة من المشتري بل البائع هو الذي فرق الصفقة حيث سمى لكل واحد منهما ثمنا على حدة وعلم انه لا ضرر له فيه ولو كان فهو ضرر مرضي به وانه غير مدفوع * وكذا اذا أوجب البيع في شيء بألف فقبل فيه بخمسمائة لا ينعقد وكذا لو أوجب بجنس ثمن فقبل بجنس آخر الا اذا رضي البائع به في المجلس وعلى هذا اذا خاطب البائع رجلين فقال بعتكما هذا العبد أو هذين العبدين فقبل أحدهما دون الآخر لا ينعقد لانه أضاف الايجاب في العبدين أو عبد واحد اليهما جميعاً فلا يصلح جواب أحدهما جوابا للايجاب وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال اشتريت منكما هذا العبد بكذا فأوجب في أحدهما لم ينعقد لما قلنا

* فصل * وأما الذي يرجع الى مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الايجاب والقبول في مجلس واحد فان اختلف المجلس لا ينعقد حتى لو أوجب أحدهما البيع فقام الآخر عن المجلس قبل القبول أو اشتغل بعمل آخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر في المجلس لانه كما وجد أحدهما انعدم في الثاني من زمان وجوده فوجد الثاني والاول منعدم فلا ينتظم الركن الا ان اعتبار ذلك يؤدي الى انسداد باب البيع فتوقف أحد الشطرين على الآخر حكما وجعل المجلس جامعاً للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد المجلس فاذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا وعند الشافعي رحمه الله الفور مع ذلك شرط لا ينعقد الركن بدونه (وجه) قوله ما ذكرنا ان القياس أن لا يتأخر أحد الشطرين عن الآخر والتأخر لمكان الضرورة وانها تندفع بالفور (ولنا) ان في ترك اعتبار الفور ضرورة لان القابل يحتاج الى التأمل ولو اقتصر على الفور لا يمكنه التأمل وعلى هذا اذا تبايعا وهما يمشيان أو يسيران على دابتين أو دابة واحدة في محمل واحد فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد وان كان بينهما فصل وسكوت وان قل لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشي والسير وان قل ألا ترى انه لو قرأ آية سجدة وهو يمشي على الارض أو يسير على دابة لا يصلي عليها مراراً يلزمه لكل قراءة سجدة وكذا لو خير امرأته وهي تمشي على الارض أو تسير على دابة لا يصلي عليها فمشت أو سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس وان اختارت نفسها متصلا بتخيير الزوج صح اختيارها لان المجلس لم يتبدل فكذا ههنا ولو تبايعا وهما واقفان انعقد لاتحاد المجلس ولو أوجب أحدهما وهما واقفان فسار الآخر قبل القبول أو سارا جميعاً ثم قبل لا ينعقد لانه لما سار أو سارا فقد تبدل المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد ولو وقف الخير امرأته ثم سار الزوج وهي واقفة فالخيار في يدها ولو سارت هي والزوج واقف بطل خيارها فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعاً لان التخيير من قبل الزوج لازم ألا ترى انه لا يملك الرجوع عنه فلا يبطل بالاعراض وأحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الآخر فاحتمل البطلان بالاعراض ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد سواء كانت واقفة أو جارية خرج الشطران متصلين أو منفصلين بخلاف المشي على الارض والسير على الدابة لان جريان السفينة بجريان الماء لا باجرائه ألا ترى ان راكب السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافا اليه فلم يختلف المجلس فأشبه البيت بخلاف المشي والسير أما المشي فظاهر لانه فعله وكذا سير الدابة مضاف اليه ألا ترى انه لو سيرها سارت ولو وقفها وقفت فاختلف المجلس بسيرها ولهذا لو كرر آية السجدة في السفينة وهي جارية لا يلزمه الا سجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد وكذا لو خير امرأته في السفينة وهي جارية فهي على خيارها ما لم يوجد منها دليل الاعراض وعلى هذا اذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب فبلغه فقبل لا ينعقد بان قال بعت عبدي هذا من فلان الغائب بكذا فبلغه فقبل ولو قبل عنه قابل ينعقد والاصل في هذا ان أحد الشطرين من أحد العاقدين في باب البيع يتوقف على الآخر في المجلس ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالاجماع الا اذا

كان عنه قابل أو كان بالرسالة أو بالكتابة اما الرسالة فهى أن يرسل رسولا الى رجل و يقول للرسول انى بعت عبدى هذا من فلان الغائب بكذا فاذهب اليه وقل له ان فلانا أرسلنى اليك وقال لى قل له انى قد بعت عبدى هذا من فلان بكذا فذهب الرسول و بلغ الرسالة فقال المشترى فى مجلسه ذلك قبلت انعقد البيع لان الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه الى المرسل اليه فكانه حضر بنفسه فاوجب البيع وقبل الآخر فى المجلس وأما الكتابة فهى أن يكتب الرجل الى رجل أما بعد فقد بعت عبدى فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال فى مجلسه اشتريت لان خطاب الغائب كتابه فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالايجاب وقبل الآخر فى المجلس ولو كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه لان الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه فههنا أولى وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع لان الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذا محتمل للرجوع فههنا أولى وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به بخلاف ما اذا وكل انسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لان الرسول يحكى كلام المرسل و ينقله الى المرسل اليه فكان سفيرا ومعبرا محضا فلم يشترط علم الرسول بذلك فاما الوكيل فانما يتصرف عن تفويض الموكل اليه فشرط علمه بالعزل صيانة له عن التغرير على ما نذكره فى كتاب الوكالة وكذا هذا فى الاجارة والكتابة ان اتحاد المجلس شرط للانعقاد ولا يتوقف أحد الشطرين من أحد العاقدين على وجود الشطر الآخر اذا كان غائبا لان كل واحد منهما عقد معاوضة الا اذا كان عن الغائب قابل أو بالرسالة أو بالكتابة كما فى البيع وأما فى النكاح فهل يتوقف بان يقول رجل للشهود اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة بكذا و بلغها فاجازت أو قالت امرأة اشهدوا أنى زوجت نفسى من فلان بكذا فبلغه فاجاز عند أبى حنيفة ومحمد لا يتوقف أيضاً الا اذا كان عن الغائب قابل وعند أبى يوسف يتوقف وان لم يقبل عنه أحد وكذا الفضولى من الجانبين بان قال زوجت فلانة من فلان وهما غائبان فبلغهما فاجاز لم يجز عندهما وعند أبى يوسف يجوز وهذه مسئلة كتاب النكاح والفضولى من الجانبين فى باب البيع اذا بلغهما فاجاز لم يجز بالاجماع والله سبحانه وتعالى أعلم وأما الشطر فى باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالاجماع حتى لو قال خالعت امرأتى الغائبة على كذا فبلغها الخبر فقبلت جاز وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالاجماع حتى لو قالت اختلعت من زوجى فلان الغائب على كذا فبلغه الخبر فاجاز لم يجز ووجه الفرق أن الخلع فى جانب الزوج يمين لانه تعليق الطلاق بقبول المال فكان يمينا ولهذا لا يملك الرجوع عنه وتصح فيه الاضافة الى الوقت والتعليق بالشرط بان يقول الزوج خالعتك غدا او ان قدم فلان فقد خالعتك على كذا واذا كان يمينا فغيبة المرأة لا تمنع صحة اليمين كما فى التعليق بدخول الدار وغير ذلك وأما من جانب المرأة فهو معاوضة ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها ولا تصح اضافته الى وقت وتملك الرجوع قبل اجازة الزوج واذا كان معاوضة فالشطر فى المعاوضات لا يتوقف كما فى البيع وغيره وكذا الشطر فى اعتاق العبيد على مال من جانب المولى يتوقف اذا كان العبد غائباً ومن جانب العبد لا يتوقف اذا كان المولى غائبا لانه من جانبه تعليق العتق بالشرط ومن جانب العبد معاوضة والاصل ان فى كل موضع لا يتوقف الشطر على ماوراء المجلس يصح الرجوع عنه ولا يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما فى البيع والاجارة والكتابة وفى كل موضع يتوقف الشطر على ماوراء المجلس لا يصح الرجوع عنه و يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما فى الخلع من جانب الزوج والاعتاق على مال من جانب المولى والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المعقود عليه فانواع (منها) أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم كبيع نتاج النتاج بان قال بعت ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم وان باع الحمل فله خطر المعدوم وكذا بيع اللبن فى الضرع لانه له خطر لاحتمال انتفاخ الضرع وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لانهما معدوم وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك ومن مشايخنا من قال لا يجوز

الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه فان كان بحيث لا ينتفع به أصلا لا ينعقد واحتجوا بما روى عن النبى عليه
الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولانه اذا لم يبد صلاحها لم تكن منتفعاً بها فلا تكون مالا
فلا يجوز بيعها وهذا خلاف الرواية فان محمداً ذكر فى كتاب الزكاة فى باب العشر أنه لو باع الثمار فى أول ما تطلع وتركها
بامر البائع حتى أدركت فالعشر على المشترى ولو لم يجز بيعها حين ما طلعت لما وجب عشرها على المشترى والدليل
على جواز بيعه ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع نخلا مؤبرة فثمرته للبائع الا أن يشترطها
المبتاع جعل الثمرة للمشترى بالشرط من غير فصل بين ما اذا بدا صلاحها اولا دل أنها محل البيع كيف ما كان والمعنى
فيه وهو أنه باع ثمرة موجودة وهى بعرض أن تصير منتفعا بها فى الثانى وان لم يكن منتفعا بها فى الحال فيجوز بيعها كبيع
جر والكلب على أصلنا وبيع المهر والجحش والارض السبخة والنهى محمول على بيع الثمار مدركة قبل ادراكها
بان باعها ثمرا وهى بسر أو باعها عنبا وهى حصرم دليل صحة هذا التأويل قوله عليه الصلاة والسلام فى سياق
الحديث ارأيت ان منع الله الثمرة بم يستحل أحدكم مال صاحبه ولفظة المنع تقتضى أن لا يكون ما يقع عليه البيع موجودا
لان المنع منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان فيجوز بيع ما ظهر منه ولا
يجوز بيع ما لم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضى الله عنهم وقال مالك رحمه الله اذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه
لان فيه ضرورة لانه لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع الكل عند ظهور
البعض لوقع الناس فى الحرج (ولنا) أن ما لم يظهر منه معدوم فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فانه
يمكنه أن يبيع الاصل بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون ملك المشترى وقد روى أن رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وحبل الحبل وروى حبل الحبلة وهو بمعنى الاول وانما زيادة الهاء للتأكيد
والمبالغة وروى حبل الحبلة بخفض الهاء من الكلمة الأخيرة والحبلة هى الحبلى فكان نهيا عن بيع ولد الحبلى
وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع اللبن فى الضرع وبيع عسب الفحل لان عسب الفحل ضرابه
وهو عند العقد معدوم وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن عسب الفحل ولا يمكن حمل النهى على
نفس العسب وهو الضراب لان ذلك جائز بالاعارة فيحمل على البيع والاجارة الا أنه حذف ذلك واضمر فيه
كما فى قوله تعالى واسأل القرية وغير ذلك ولا يجوز بيع الدقيق فى الحنطة والزيت فى الزيتون والدهن فى السمسم
والعصير فى العنب والسمن فى اللبن ويجوز بيع الحنطة وسائر الحبوب فى سنابلها لان بيع الدقيق فى الحنطة
والزيت فى الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم لانه لا دقيق فى الحنطة ولا زيت فى الزيتون لان الحنطة اسم للمركب
والدقيق اسم للمتفرق فلا دقيق فى حال كونه حنطة ولا زيت حال كونه زيتونا فكان هذا بيع المعدوم فلا ينعقد
بخلاف بيع الحنطة فى سنبلها لان ما فى السنبل حنطة اذ هى اسم للمركب وهى فى سنبلها على تركيبها فكان بيع
الموجود حتى لو باع تبن الحنطة فى سنبلها دون الحنطة لا ينعقد لانه لا يصير تبنا الا بالعلاج وهو الدق فلم يكن تبناً قبله
فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وبخلاف بيع الجذع فى السقف والآجر فى الحائط وذراع من كرباس أو ديباج أنه
ينعقد حتى لو نزع وقطع وسلم الى المشترى يجبر على الاخذ وههنا لا ينعقد أصلا حتى لو طحن أو عصر وسلم لا يجبر
المشترى على القبول لان عدم النفاذ هناك ليس لخلل فى الركن ولا فى العاقد والمعقود عليه بل لمضرة تلحق العاقد بالنزع
والقطع فاذا نزع وقطع فقد زال المانع فنفذ اما ههنا فالمعقود عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد
أصلا فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق وكذا بيع البزر فى البطيخ الصحيح لانه بمنزلة الزيت فى الزيتون وبيع النوى فى
التمر وكذلك بيع اللحم فى الشاة الحية لانها انما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وكذا بيع الشحم
الذى فيها واليتها واكارعها ورأسها لما قلنا وكذا بيع البحير فى السمسم لانه انما يصير بحيرا بعد العصر وعلى هذا
يخرج ما اذا قال بعتك هذا الياقوت بكذا فاذا هو زجاج أو قال بعتك هذا الفص على أنه ياقوت بكذا فاذا هو زجاج

أوقال بعتك هذا الثوب الهروى بكذا فاذا هو مروى أوقال بعتك هذا الثوب على أنه مروى فاذا هو هروى لا ينعقد البيع فى هذه المواضع لان المبيع معدوم والاصل فى هذا أن الاشارة مع التسمية اذا اجتمعتا فى باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر ان كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية و يتعلق العقد بالمسمى وان كان من جنسه لكن يخالفه فى الصفة فان تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية أيضاً عندنا و يلحقان بمختلفى الجنس وان قل التفاوت فالعبرة للمشار اليه و يتعلق العقد به واذا عرف هذا فنقول الياقوت مع الزجاج جنسان مختلفان وكذا الهروى مع المروى نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد ولو قال بعتك هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان المسمى ههنا من جنس المشار اليه أعنى العبد والجارية وانما يختلفان فى صفة الذكورة والانوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار اليه كما اذا قال بعتك هذه الشاة على أنها نعجة فاذا هى كبش (ولنا) انهما جنسان مختلفان فى المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافا فاحشا فالتحقا بمختلفى الجنس حقيقة بخلاف النعجة مع الكبش لانهما اتفقا جنسا ذاتا ومعنى اما ذاتا فظاهر لان اسم الشاة يتناولهما وأما معنى فلأن المطلوب من كل واحد منهما منفعة الاكل فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد بالمشار اليه وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه ولكن المشترى بالخيار لانه فاتته صفة مرغوبة فأوجب ذلك خللا فى الرضا فيثبت له الخيار وكذا لو باع دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن لا ينعقد لانهما يتفاوتان فى المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين وكذا لو باع ثوبا على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد لان العصفر مع الزعفران يختلفان فى اللون اختلافا فاحشا وكذا لو باع حنطة فى جولق فاذا هو دقيق أو شرط الدقيق فاذا هو خبز لا ينعقد لان الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز ألا ترى ان من غصب من آخر حنطة وطحنها ينقطع حق الملك دل انها تصير بالطحن شيأ آخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وان قال بعتك هذه الشاة على انها ميتة فاذا هى ذكية جاز بالاجماع لان الميتة ليست بمحل للبيع فلغت التسمية وبقيت الاشارة الى الذكية ولو قال بعتك هذا الثوب القز فاذا هو ملحم ينظر ان كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وان كان لحمته من القز فالبيع جائز لان الاصل فى الثوب هو اللحمة لانه انما يصير ثوبا بها فاذا كانت لحمته من غير القز فقد اختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع واذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر الاشارة والمشار اليه موجود فكان محلا للبيع الا انه يثبت الخيار للمشترى لان كون السدى منه أمر مرغوب فيه وقد فات فوجب الخيار وكذلك اذا قال بعتك هذا الثوب الخز بكذا فاذا هو ملحم فهو على التفصيل الا أن لحمته اذا كانت خزا وسداه من غيره حتى جاز البيع فقد قيل انه ينبغى أن لا يثبت الخيار للمشترى ههنا لان الخز هكذا ينسج بخلاف القز ولو باع جبة على أن بطانتها وظهارتها كذا وحشوها كذا فان كانت الظهارة من غير ما شرط لا ينعقد البيع وان كانت البطانة والحشو مما شرط وان كانت الظهارة مما شرط جاز البيع وان كانت البطانة والحشو من غير ما شرط لان الاصل هو الظهارة ألا ترى انه ينسب الثوب اليها ويختلف الاسم باختلافها وانما البطانة تجرى مجرى التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة وما سواها جاريا مجرى الوصف لها ففواته لا يمنع الجواز ولكنه يوجب الخيار لانه فات شئ مرغوب فيه ولو قال بعتك هذه الدار على أن فيها بناء فاذا لا بناء فيها فالبيع جائز والمشترى بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بين هذا وبين ما اذا قال بعتك هذه الدار على أن بناءها آجر فاذا هو لبن انه لا ينعقد (ووجه) الفرق ان الآجر مع اللبن يتفاوتان فى المنفعة تفاوتا فاحشا فالتحقا بمختلفى الجنس على ما بينا فيما تقدم (ومنها) أن يكون مالا لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع أم الولد لانها حرة من وجه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال أعتقها ولدها وروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى أم الولد لا تباع ولا توهب وهى حرة من الثلث نفى عليه الصلاة والسلام جواز بيعها مطلقا وسماها حرة فلا تكون مالا على الاطلاق خصوصا على أصل أبى

حنيفة

حنيفة رضى الله عنه لان الاستيلاد يوجب سقوط المالية عنده حتى لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد والاعتاق وانما تضمن بالقتل لا غير لان ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان المال والمسئلة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى ولا بيع المدبر المطلق عندنا وقال الشافعى عليه الرحمة بيع المدبر جائز واحتج بما روى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبى عليه الصلاة والسلام أجاز بيع المدبر وعن سيدتنا عائشة رضى الله عنها أنها دبرت مملوكة لها فغضبت عليها فباعتها ولان التدبير تعليق العتق بالموت والمعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فلم يكن العتق ثابتا أصلا قبل الموت فيجوز بيعه كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ونحو ذلك ثم باعه قبل أن يدخل الدار وكما فى المدبر المقيد (ولنا) ما روى أبو سعيد الخدرى وجابر بن عبد الله الانصارى رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع المدبر ومطلق النهى محمول على التحريم وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وهذا نص فى الباب ولانه حر من وجه فلا يجوز بيعه كام الولد والدليل على انه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو انه يعتق بعد الموت بالاجماع والحرية لا بد لها من سبب وليس ذلك الا الكلام السابق وليس هو بتحرير بعد الموت لان التحرير فعل اختيارى وانه لا يتحقق من الميت فكان تحريرا من حين وجوده فكان ينبغى ان تثبت به الحرية من كل وجه للحال الا أنها تأخرت من وجه الى آخر جزء من أجزاء حياته بالاجماع ولا اجماع على التأخير من وجه فبقيت الحرية من وجه ثابتة للحال فلا يكون مالا مطلقا فلا يجوز بيعه وحديث جابر وسيدتنا عائشة رضى الله عنهما حكاية فعل يحتمل انه أجاز عليه الصلاة والسلام بيع مدبر مقيد أو باع مدبرا مقيدا او يحتمل أن يكون المراد منه الاجارة لان الاجارة بلغة أهل المدينة تسمى بيعا ويحتمل انه كان فى ابتداء الاسلام حين كان بيع المدبر مشروعا ثم نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال (وأما) المدبر المقيد فهناك لا يمكن أن يجعل الكلام السابق ايجابا من حين وجوده لانه علق عتقه بموت موصوف بصفة واحتمل أن يموت من ذلك المرض والسفر أولا فكان الخطر قائما فكان تعليقا فلم يكن ايجابا ما دام الخطر قائما ومتى اتصل به الموت يظهر انه كان تحريرا من وجه من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله سبحانه وتعالى أعلم ولا بيع المكاتب لانه حر يدا فلا تثبت يد تصرف الغير عليه ولا بيع معتق البعض موسرا كان المعتق أو معسرا عند أصحابنا الثلاثة رضى الله عنهم لانه بمنزلة المكاتب عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما هو حر عليه دين (وأما) عند الشافعى رضى الله عنه فان كان المعتق معسرا فلشريكه الساكت أن يبيع نصيبه بناء على أصله أن المعتق ان كان معسرا فالاعتاق منجز فبقى نصيب شريكه على ملكه فيجوز له بيعه وكل جواب عرفته فى هؤلاء فهو الجواب فى الاولاد من هؤلاء لان الولد يحدث على وصف الام ولهذا كان ولد الحرة حرا وولد الامة رقيقا وكما لا ينعقد بيع المكاتب وولده المولود فى الكتابة لا ينعقد بيع ولده المشترى فى الكتابة ووالدته لانهم تكاتبوا بالشراء (وأما) من سواهم من ذوى الارحام اذا اشتراهم يجوز بيعهم عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانهم لم يتكاتبوا بالشراء وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز لانهم تكاتبوا وهى مسئلة كتاب المكاتب ولا ينعقد بيع الميتة والدم لانه ليس بمال وكذلك ذبيحة المجوسى والمرتد والمشرك لانها ميتة وكذا متروك التسمية عمدا عندنا خلافا للشافعى وهى مسئلة كتاب الذبائح وكذا ذبيحة المجنون والصبى الذى لا يعقل لانها فى معنى الميتة وكذا ما ذبح من صيد الحرم محرما كان الذابح أو حلالا وما ذبحه المحرم من الصيد سواء كان صيد الحرم أو الحل لان ذلك ميتة ولا ينعقد بيع صيد الحرم محرما كان البائع أو حلالا لانه حرام الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا ولا بيع صيد المحرم سواء كان صيد الحرم أو الحل لانه حرام الانتفاع به فى حقه فلا يكون مالا فى حقه ولو وكل محرم حلالا ببيع صيد فباعه فالبيع جائز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد باطل وهو على اختلافهم فى مسلم وكل ذميا ببيع خمر فباعها (وجه) قولهما ان البائع هو الموكل معنى لان حكم البيع يقع له والمحرم ممنوع عن تمليك الصيد وتملكه (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه أن البائع فى حقيقة هو الوكيل لان بيعه كلامه القائم به حقيقة

ولهذا ترجع حقوق العقد اليه الا أن الموكل يقوم مقامه شرعا فى نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف على مباشرته حقيقة والمحرم من أهل ثبوت الملك له فى الصيد حكما لا يملكه حقيقة ألا يرى انه يرثه وهذا لان المنع انما يكون عما للعبد فيه صنع ولا صنع له فيما يثبت حكما فلا يحتمل المنع ولو باع حلال حلالا صيدا ثم أحرم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لان الاحرام كما يمنع البيع والشراء يمنع التسليم والقبض لانه عقد من وجه على ما عرف فيلحق به فى حق الحرمة احتياطا ولو وكل حلال حلالا ببيع صيد فباعه ثم أحرم الموكل قبل قبض المشترى فعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله جاز البيع وعلى قياس قولهما يبطل لان الاحرام القائم لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطارئ لا يبطله وعندهما القائم يمنع فالطارئ يبطله حلالان تبايعا صيدا فى الحل وهما فى الحرم جاز عند أبى حنيفة وعند محمد لا يجوز (وجه) قول محمد ان كون الحرم مأمنا يمنع من التعرض للصيد سواء كان المتعرض فى الحرم أو الحل بعد ان كان المتعرض فى الحرم ألا ترى انه لا يحل للحلال الذى فى الحرم أن يرمى الى الصيد الذى فى الحل كما لا يحل له أن يرمى اليه اذا كان فى الحرم (وجه) قول أبى حنيفة رضى الله عنه ان كونه فى الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حسا لا شرعا بدليل ان الحلال فى الحرم اذا أمر حلالا آخر بذبح صيد فى الحل جاز ولو ذبح حل أكله ومعلوم ان الامر بالذبح فى معنى التعرض للصيد فوق البيع والشراء فلما لم يمنع من ذلك فلأن لا يمنع من هذا أولى وهذا لان المنع من التعرض انما كان احتراما للحرم فكل ما فيه ترك احترامه يجب صيانة الحرم عنه وذلك بمباشرة سبب الايذاء فى الحرم ولم يوجد فى البيع والله سبحانه وتعالى أعلم ولا يبيع لحم السبع لانه لا يباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يجوز بيعه اذا ذبح لانه صار طاهرا بالذبح وأما جلد السبع والحمار والبغل فان كان مدبوغا أو مذبوحا يجوز بيعه لانه مباح الانتفاع به شرعا فكان مالا وان لم يكن مدبوغا ولا مذبوحا لا ينعقد بيعه لانه اذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لانه نجس العين بجميع أجزائه وقيل ان جلده لا يحتمل الدباغ وأما عظم الميتة وعصبها وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها والانتفاع بها عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز بناء على أن هذه الاشياء طاهرة عندنا وعنده نجسة واحتج بقوله سبحانه وتعالى حرمت عليكم الميتة وهذه من أجزاء الميتة فتكون حراما فلا يجوز بيعها وقال عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب (ولنا) قوله سبحانه وتعالى والله جعل لكم من بيوتكم سكنا الى قوله عز وجل ومن أصوافها وأوبارها الآية أخبر سبحانه وتعالى انه جعل هذه الاشياء لنا ومن علينا بذلك من غير فصل بين الذكية والميتة فيدل على تأكد الاباحة ولان حرمة الميتة ليست لموتها فان الموت موجود فى السمك والجراد وهما حلالان قال عليه الصلاة والسلام أحل لنا ميتتان ودمان بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدماء النجسة لانجمادها بالموت ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتى يجوز بيعه لزوال الرطوبة عنه ولا رطوبة فى هذه الاشياء فلا تكون حراما ولا حجة له فى هذا الحديث لان الاهاب اسم لغير المدبوغ لغة والمراد من العصب حال الرطوبة يحمل عليه توفيقا بين الدلائل وأما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه لانه نجس العين وأما شعره فقد روى انه طاهر يجوز بيعه والصحيح انه نجس لا يجوز بيعه لانه جزء منه الا أنه رخص فى استعماله للخرازين للضرورة وأما عظم الآدمى وشعره فلا يجوز بيعه لا لنجاسته لانه طاهر فى الصحيح من الرواية لكن احتراما له والابتذال بالبيع يشعر بالاهانة وقد روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة وأما عظم الكلب وشعره فقد اختلف المشايخ فيه على الاصل الذى ذكرنا وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله انه لا بأس ببيع عظم الفيل والانتفاع به وقال محمد رحمه الله عظم الفيل نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ذكره فى العيون ويجوز بيع كل ذى مخلب من الطير معلما كان أو غير معلم بلا خلاف وأما بيع كل ذى ناب من السباع سوى الخنزير كالكلب والفهد والاسد والنمر والذئب والهر ونحوها فجائز عند أصحابنا وعند الشافعى

رحمه الله لا يجوز ثم عندنا لا فرق بين المعلم وغير المعلم فى رواية الاصل فيجوز بيعه كيف ما كان وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يجوز بيع الكلب العقور احتج الشافعى رحمه الله بما روى عن النبى المكرم عليه الصلاة والسلام انه قال ومن السحت مهر البغى وثمن الكلب ولو جاز بيعه لما كان ثمنه سحتا ولأنه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير الا أنه رخص الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد للحاجة والضرورة وهذا لا يدل على جواز البيع كما فى شعر الخنزير (ولنا) ان الكلب مال فكان محلا للبيع كالصقر والبازى والدليل على انه مال انه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا شك انه منتفع به حقيقة والدليل على انه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ان الانتفاع به بجهة الحراسة والاصطياد مطلق شرعا فى الاحوال كلها فكان محلا للبيع لان البيع اذا صادف محلا منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به على الاطلاق مست الحاجة الى شرعه لان شرعه يقع سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة اذ الحاجة الى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق لا فيما يجوز (وأما) الحديث فيحتمل انه كان فى ابتداء الاسلام لانهم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب فأمر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة فى الزجر أو يحمل على هذا توفيقا بين الدلائل قوله انه نجس العين قلنا هذا ممنوع فانه يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق اصطيادا وحراسة ونجس العين لا يباح الانتفاع به شرعا الا فى حالة الضرورة كالخنزير ولا ينعقد بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال فى حق المسلمين فأما أهل الذمة فلا يمنعون من بيع الخمر والخنزير أما على قول بعض مشايخنا فلانه مباح الانتفاع به شرعا لهم كالخل وكالشاة لنا فكان مالا فى حقهم فيجوز بيعه وروى عن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه كتب الى عشاره بالشام أن ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما أمرهم بتوليتهم البيع وعن بعض مشايخنا حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم فى حق المسلم والكافر لان الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات هو الصحيح من مذهب أصحابنا فكانت الحرمة ثابتة فى حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ولو باع ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع لانه بالاسلام حرم البيع والشراء فيحرم القبض والتسليم أيضا لانه يشبه الانشاء أو انشاء من وجه فيلحق به فى باب الحرمات احتياطا وأصله قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين والامر بترك ما بقى من الربا هو النهى عن قبضته يؤيده قوله تعالى فى آخر الآية الشريفة وان تبتم فلكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون واذا حرم القبض والتسليم لم يكن فى بقاء العقد فائدة فيبطله القاضى كمن باع عبدا فأبق قبل القبض ولو كان اسلامهما أو اسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع لان الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض فى حالة الكفر وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافى ذلك فان من تخمر عصيره لا يؤمر بابطال ملكه فيها ولو أقرض الذمى ذميا خمرا ثم أسلم أحدهما فان أسلم المقرض سقطت الخمر ولا شئ له من قيمة الخمر على المستقرض أما سقوط قيمة الخمر فلان العجز عن قبض المثل جاء من قبله فلا شئ له وان أسلم المستقرض روى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله انه تسقط الخمر وليس عليه قيمة الخمر أيضا كما لو أسلم المقرض وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضى عن أبى حنيفة رضى الله عنهم ان عليه قيمة الخمر وهو قول محمد رحمه الله (وجه) هذه الرواية ان امتناع التسليم من المستقرض انما جاء لمعنى من قبله وهو اسلامه فكانه استهلك عليه خمره والمسلم اذا استهلك خمر الذمى يضمن قيمته (وجه) رواية أبى يوسف رحمه الله انه لا سبيل الى تسليم المثل لانه يمنع منه ولا الى القيمة لان ذلك يوجب ملك المستقرض والاسلام يمنع منه والله سبحانه وتعالى أعلم وأما القرد فعن أبى حنيفة رضى الله عنه روايتان (وجه) رواية عدم الجواز انه غير منتفع به شرعا فلا يكون مالا كالخنزير (وجه) رواية الجواز انه ان لم يكن منتفعا به بذاته يمكن الانتفاع بجلده والصحيح هو الاول لانه لا يشترى للانتفاع بجلده عادة بل للهو به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز ويجوز بيع الفيل

بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد بيع الحية والعقرب و جميع هوام الارض كالوزغة والضب والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعا لكونها من الخبائث فلم تكن أموالا فلم يجز بيعها وذكر فى الفتاوى انه يجوز بيع الحية التى ينتفع بها للادوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز الانتفاع به للتداوى كالخمر والخنزير وقال النبى عليه الصلاة والسلام لم يجعل شفاؤكم فيما حرم عليكم فلا تقع الحاجة الى شرع البيع ولا ينعقد بيع شئ مما يكون فى البحر كالضفدع والسرطان الا السمك وما يجوز الانتفاع بجلده أو عظمه لان ما لا يجوز الانتفاع بجلده ولا به ولا بعظمه لا يكون مالا فلا يكون محلا للبيع وقد روى ان النبى عليه الصلاة والسلام سئل عن الضفدع يجعل فى دواء فنهى عنه وقال خبيثة من الخبائث وذكر أبو بكر الاسكاف رحمه الله انه لا يجوز وذكر فى الفتاوى انه يجوز لان الناس ينتفعون به ولا ينعقد بيع النحل الا اذا كان فى كوارته عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل وروى هشام عن محمد انه يجوز بيعه منفردا من غير كوارته اذا كان مجموعا وهو قول الشافعى رحمه الله لان النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه (ولنا) انه ليس بمنتفع به فلم يكن مالا بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع الكوارة وفيها عسل يجوز بيعه تبعا للعسل ويجوز ان لا يكون الشئ محلا للبيع بنفسه مفردا ويكون محلا للبيع مع غيره كالشرب وأنكر الكرخى رحمه الله هذا فقال انما يدخل فيه تبعاً اذا كان من حقوقه كما فى الشرب مع الارض وهذا ليس من حقوقه وعلى هذا بيع دود القز لا ينعقد الا اذا كان معه قز وروى محمد انه يجوز بيعه مفرداً والحجج على نحو ما ذكرنا فى النحل ولا ينعقد بيع بذر الدود عند أبى حنيفة رحمه الله كما لا ينعقد بيع الدود وعندهما يجوز بيعه (ووجه) الكلام فيه على نحو ما ذكرنا فى بيع النحل والدود ويجوز بيع السرقين والبعر لانه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة لانه لا يباح الانتفاع بها بحال فلا تكون مالا الا اذا كان مخلوطا بالتراب والتراب غالب فيجوز بيعه لانه يجوز الانتفاع به وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه قال كل شئ أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه ونبين ذلك وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته كالفأرة اذا وقعت فى العجين والسمن المائع وكذلك قال محمد فى الزيت اذا وقع فيه ودك الميتة انه ان كان الزيت غالبا يجوز بيعه وان كان الودك غالبا لا يجوز بيعه لان الحلال اذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحا ودبغاً على ما ذكرنا فى كتاب الطهارات فكان مالا فيجوز بيعه واذا كان الحرام هو الغالب لم يجز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالا فلا يجوز بيعه ويجوز بيع آلات الملاهى من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند أبى حنيفة لكنه يكره وعند أبى يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه الاشياء لانها آلات معدة للتلهى بها موضوعة للفسق والفساد فلا تكون أموالا فلا يجوز بيعها ولابى حنيفة رحمه الله أنه يمكن الانتفاع بها شرعا من جهة أخرى بان تجعل ظروفا لاشياء ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج عن كونها أموالا وقولهما انها آلات التلهى والفسق بها قلنا نعم لكن هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق وحياته وماله وهذا لانها كما تصلح للتلهى تصلح لغيره على ماليتها بجهة اطلاق الانتفاع بها لا بجهة الحرمة ولو كسرها انسان ضمن عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمن وعلى هذا الخلاف بيع النرد والشطرنج والصحيح قول أبى حنيفة رضى الله عنه لان كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه آخر بان يجعل صنجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلا للبيع مضمونا بالاتلاف ويجوز بيع ما سوى الخمر من الاشربة المحرمة كالسكر ونقيع الزبيب والمنصف ونحوها عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يجوز لانه اذا حرم شربها لم تكن مالا فلا تكون محلا للبيع كالخمر ولان ما حرم شربه لا يجوز بيعه لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وان الله تعالى اذا حرم شيأ حرم بيعه وأكل ثمنه ولابى حنيفة رحمه الله ان حرمة هذه الاشربة ما ثبتت بدليل متيقن مقطوع به لكونها محل الاجتهاد

والمالية قبل حدوث الشدة كانت ثابتة بيقين فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت أموالا و به تبين ان المراد من الحديث محرم ثبتت حرمته بدليل مقطوع به ولم يوجد ههنا بخلاف الخمر لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به فبطلت ماليتها والله سبحانه وتعالى أعلم ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين الذى و رد النهى عنه لان المضمون ما فى صلب الذكر والملقوح ما فى رحم الانثى وذلك ليس بمال وعلى هذا أيضا يخرج بيع عسب الفحل لان العسب هو الضرب وانه ليس بمال وقد يخرج على هذا بيع الحمل انه لا ينعقد لان الحمل ليس بمال ولا ينعقد بيع لبن المرأة فى قدح عندنا وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه (وجه) قوله ان هذا مشروب طاهر فيجوز بيعه كلبن البهائم والماء (ولنا) ان اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه والدليل على انه ليس بمال اجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول اما اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم فما روى عن سيدنا عمر وسيدنا على رضى الله تعالى عنهما انهما حكما فى ولد المغرور بالقيمة و بالعقر بمقابلة الوطء وما حكما بوجوب قيمة اللبن بالاستهلاك ولو كان مالا لحكما لان المستحق يستحق بدل اتلاف ماله بالاجماع ولكان ايجاب الضمان بمقابلته أولى من ايجاب الضمان بمقابلة منافع البضع لانها ليست بمال فكانت حاجة المستحق الى ضمان المال أولى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليهما أحد فكان اجماعا (وأما) المعقول فهو لانه لا يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق بل لضرورة تغذية الطفل وما كان حرام الانتفاع به شرعا الا لضرورة لا يكون مالا كالخمر والخنزير والدليل عليه ان الناس لا يعدونه مالا ولا يباع فى سوق ما من الاسواق دل انه ليس بمال فلا يجوز بيعه ولانه جزء من الآدمى والآدمى بجميع أجزائه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام ابتذاله بالبيع والشراء ثم لا فرق بين لبن الحرة و بين لبن الامة فى ظاهر الرواية وعند أبى يوسف رحمه الله انه يجوز بيع لبن الامة لانه جزء من آدمى هو مال فكان محلا للبيع كسائر أجزائه (ولنا) ان الآدمى لم يجعل محلا للبيع الا بحلول الرق فيه والرق لا يحل الا فى الحى واللبن لا حياة فيه فلا يحله الرق فلا يكون محلا للبيع سفل وعلو بين رجلين انهدما فباع صاحب العلو علوه لم يجز لان الهواء ليس بمال ولو جمع بين ما هو مال و بين ما ليس بمال فى البيع بان جمع بين حر وعبد أو بين عصير وخمر أو بين ذكية وميتة و باعهما صفقة واحدة فان لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد أصلا بالاجماع وان بين فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما يجوز فى العصير والعبد والذكية و يبطل فى الحر والخمر والميتة ولو جمع بين قن ومدبر أو أم ولد ومكاتب أو بين عبده وعبد غيره و باعهما صفقة واحدة جاز البيع فى عبده بلا خلاف (وجه) قولهما ان الفساد بقدر المفسد لان الحكم يثبت بقدر العلة والمفسد خص أحدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة فلو جاء الفساد انما يجىء من قبل جهالة الثمن فاذا بين حصة كل واحد منهما من الثمن فقد زال هذا المعنى أيضا ولهذا جاز بيع القن اذا جمع بينه و بين المدبر أو المكاتب أو أم الولد و باعهما صفقة واحدة كذا هذا ولابى حنيفة رضى الله عنه ان الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما فلا تصح فى الآخر والدليل على ان الصفقة واحدة ان لفظ البيع والشراء لم يتكرر والبائع واحد والمشترى واحد وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد الصفقة دل ان الصفقة واحدة وقد فسدت فى أحدهما بيقين لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين فلا يصح فى الآخر لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ولهذا لم يصح اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا اذا سمى لان التسمية وتفريق الثمن لا يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدين بخلاف الجمع بين العبد والمدبر لان هناك الصفقة ما فسدت فى أحدهما بيقين بل بالاجتهاد الذى يحتمل الصواب والخطأ فاعتبر هذا الاحتمال فى تصحيح الاضافة الى المدبر ليظهر فى حق القن ان لم يمكن اظهاره فى حقه ولانه لما جمع بينهما فى الصفقة فقد جعل قبول العقد فى أحدهما شرط القبول فى الآخر بدليل انه لو قبل العقد فى أحدهما دون الآخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول فى الآخر بخلاف المدبر لانه محل لقبول العقد فيه فى الجملة فصح قبول العقد فيه الا انه تعذر اظهاره فيه بنوع اجتهاد فيجب اظهاره فى القن ولان فى تصحيح العقد فى

أحدهما تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لانه أوجب البيع فيهما فالقبول فى أحدهما يكون تفريقا وهذا لايجوز بخلاف ما اذا جمع بين القن والمدبر لان المدبر محل لقبول البيع فيه لكونه مملوكا له الا انه لم ينفذ للحال مع احتمال النفاذ فى الجملة بقضاء القاضى لحق المدبر وهذا يمنع محلية القبول فى حق نفسه لا فى صاحبه فيجعل محلا فى حق صاحبه والدليل على التفرقة بين الفصلين ان الحكم ههنا يختلف بين ان يسمى لكل واحد منهما ثمنا أولا يسمى وهناك لا يختلف دل ان الفرق بينهما لما ذكرنا وعلى هذا الخلاف اذا جمع بين شاة ذكية و بين متروك التسمية عمدا ثم اذا جاز البيع فى أحدهما عندهما فهل يثبت الخيار فيه ان علم بالحرام يثبت لان الصفقة تفرقت عليه وان لم يعلم لا لانه رضى بالتفريق والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون مملوكا لان البيع تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلأ فى أرض مملوكة والماء الذى فى نهره أوفى بئره لان الكلأ وان كان فى أرض مملوكة فهو مباح وكذلك الماء ما لم يوجد الاحراز قال النبى صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاث والشركة العامة هى الاباحة وسواء خرج الكلأ بماء السماء من غير مؤنة أو ساق الماء الى أرض ولحقه مؤنة لان سوق الماء اليه ليس باحراز فلم يوجد سبب الملك فيه فبقى مباحا كما كان وكذا بيع الكمأة و بيع صيد لم يوجد فى أرضه لا ينعقد لانه مباح غير مملوك لانعدام سبب الملك فيه وكذا بيع الحطب والحشيش والصيود التى فى البرارى والطير الذى لم يصد فى الهواء والسمك الذى لم يوجد فى الماء وعلى هذا يخرج بيع رباع مكة واجارتها انه لا يجوز عند أبى حنيفة رضى الله عنه وروى عنه أنه يجوز و به أخذ الشافعى رحمه الله لعمومات البيع من غير فصل بين أرض الحرم وغيرها ولان الاصل فى الاراضى كلها أن تكون محلا للتمليك الا أنه امتنع تملك بعضها شرعا لعارض الوقف كالمساجد ونحوها ولم يوجد فى الحرم فيبقى محلا للتمليك (ولنا) ما روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال ان الله تبارك وتعالى حرم مكة يوم خلقها لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما أحلت لى ساعة من نهار لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يحتش حشيشها أخبر عليه الصلاة والسلام أن مكة حرام وهى اسم للبقعة والحرام لا يكون محلا للتمليك وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله تعالى عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال مكة حرام و بيع رباعها حرام وهذا نص فى الباب ولان الله تبارك وتعالى وضع للحرم حرمة وفضيلة ولذلك جعله سبحانه وتعالى مأمنا قال الله تبارك وتعالى جل شأنه أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا فابتذاله بالبيع والشراء والتمليك والتملك امتهان وهذا لا يجوز بخلاف سائر الاراضى وقيل ان بقعة مكة وقف حرم سيدنا ابراهيم عليه الصلاة والسلام ولا حجة فى العمومات لانه خص منها الحرم بالحديث المشهور و يجوز بيع بناء بيوت مكة لان الحرم للبقعة لا للبناء وروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه قال كره اجارة بيوت مكة فى الموسم من الحاج والمعتمر فاما من المقيم والمجاور فلا بأس بذلك وهو قول محمد رحمه الله و يجوز بيع أراضى الخراج والقطيعة والمزارعة والاجارة والاكارة والمراد من الخراج أرض سواد العراق التى فتحها سيدنا عمر رضى الله تعالى عنه لانه من عليهم وأقرهم على أراضيهم فكانت مبقاة على ملكهم فجاز لهم بيعها وأرض القطيعة هى الارض التى قطعها الامام لقوم وخصهم بها فملكوها بجعل الامام لهم فيجوز بيعها وأرض المزارعة أن يدفع الانسان أرضه الى من يزرعها و يقوم بها و بهذا لا تخرج عن كونها مملوكة وأرض الاجارة هى الارض التى يأخذها الانسان من صاحبها ليعمرها و يزرعها وأرض الاكارة التى فى أيدى الاكرة فيجوز بيع هذه الارض لانها مملوكة لأصحابها وأما أرض الموات التى أحياها رجل بغير اذن الامام فلا يجوز بيعها عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانها لا تملك بدون اذن الامام وعندهما يجوز بيعها لانها تملك بنفس الاحياء والمسئلة تذكر فى كتاب احياء الموات وذكر القدورى رحمه الله أنه لا يجوز بيع دور بغداد وحوانيت السوق التى للسلطان عليها غلة لانها ليست بمملوكة لما روى أن المنصور أذن للناس فى بنائها ولم يجعل البقعة ملكا لهم والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) وهو شرط انعقاد البيع للبائع أن يكون مملوكا للبائع عند

البيع فان لم يكن لا ينعقد وان ملكه بعد ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة وهذا بيع ماليس عنده ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه لان سبب الملك قد تقدم فتبين أنه باع ملك نفسه وههنا تأخر سبب الملك فيكون بائعا ماليس عنده فدخل تحت النهى والمراد منه بيع ماليس عنده ملكا لان قصة الحديث تدل عليه فانه روى أن حكيم بن حزام كان يبيع الناس أشياء لا يملكها و يأخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشترى و يسلم اليهم فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لاتبع ماليس عندك ولان بيع ماليس عنده بطريق الاصالة عن نفسه تمليك مالا يملكه بطريق الاصالة وأنه محال وهو الشرط فيما يبيعه بطريق الاصالة عن نفسه فأما ما يبيعه بطريق النيابة عن غيره ينظر ان كان البائع وكيلا وكفيلا فيكون المبيع مملوكا للبائع ليس بشرط وان كان فضوليا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرائط النفاذ فان بيع الفضولى عندنا منعقد موقوف على اجازة المالك فان أجاز نفذ وان رد بطل وعند الشافعى رحمه الله هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه و بيع الفضولى باطل عنده وسيأتى ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقدور التسليم عند العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وان كان مملوكا له كبيع الآبق فى جواب ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج الى تجديد الايجاب والقبول الا اذا تراضيا فيكون بيعا مبتدأ بالتعاطى فان لم يتراضيا وامتنع البائع من التسليم لا يجبر على على التسليم ولو سلم وامتنع المشترى من القبض لا يجبر على القبض وذكر الكرخى رحمه الله أنه ينعقد بيع الآبق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج الى تجديد البيع الا اذا كان القاضى فسخه بان رفعه المشترى الى القاضى فطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضى البيع بينهما ثم ظهر العبد وجه قول الكرخى رحمه الله ان الاباق لا يوجب زوال الملك الا ترى أنه لو اعتقه أو دبره ينفذ ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكا له فقد باع مالا مملوكا له الا أنه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم فان سلم زال المانع فينفذ وصار كبيع المغصوب الذى فى يد الغاصب اذا باعه المالك لغيره أنه ينعقد موقوفا على التسليم لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الروايات أن القدرة على التسليم لذا العاقد شرط انعقاد العقد لانه لا ينعقد الا لفائدة ولا يفيد اذا لم يكن قادرا على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حالة العقد وفى حصول القدرة بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل وما لم يكن منعقدا بيقين لا ينعقد لفائدة تحتمل الوجود والعدم على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين أنه لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما اذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ لان القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد فانعقد ثم زالت على وجه يحتمل عودها فيقع الشك فى زوال المنعقد بيقين والثابت باليقين لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المغصوب من غير الغاصب أنه ينعقد موقوفا على التسليم حتى لو سلم ينفذ ولان هناك المالك قادر على التسليم بقدرة السلطان والقاضى وجماعة المسلمين الا أنه لم ينفذ للحال لقيام يد الغاصب صورة فاذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الآبق لانه معجوز التسليم على الاطلاق اذ لا تصل اليه يد أحد لما أنه لا يعرف مكانه فكان العجز متقررا والقدرة محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال فاشبه بيع الآبق بيع الطير الذى لم يوجد فى الهواء و بيع السمك الذى لم يوجد فى الماء وذلك باطل كذا هذا ولو جاء انسان الى مولى العبد فقال ان عبدك عند فلان فبعه منى وأنا أقبضه منه فصدقه و باعه منه لا ينفذ لما فيه من عذر القدرة على القبض لكنه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم لان القدرة على القبض ههنا ثابتة فى زعم المشترى الا أن احتمال المنع قائم فانعقد موقوفا على قبضه فاذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ بخلاف الفصل الاول لان العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد ولو أخذه رجل فجاء الى مولاه فاشتراه منه جاز الشراء لان المانع هو العجز عن التسليم ولم يوجد فى حقه وهذا البيع لا يدخل تحت النهى لان النهى عن بيع الآبق وهذا ليس بآبق فى حقه ثم اذا اشترى منه لا يخلو اما ان احضر العبد مع نفسه واما ان لم يحضره فان احضره صار قابضا له عقيب العقد بلا فصل وان لم يحضره مع نفسه ينظر ان كان أخذه ليرده على صاحبه وأشهد على ذلك لا يصير قابضا له ما لم يصل اليه لان قبضه قبض أمانة وقبض الامانة

لا ينوب عن قبض الضمان فلابد من التجديد بالوصول اليه حتى لو هلك العبد قبل الوصول يهلك على البائع و يبطل العقد لانه مبيع هلك قبل القبض واذا وصل اليه صار قابضاً له بنفس الوصول ولا يشترط القبض بالبراجم لان معنى القبض هو التمكين والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة حقيقة وان كان أخذه لنفسه لا ليرده على صاحبه صار قابضاً له عقيب العقد بلا فصل حتى لو هلك قبل الوصول اليه يهلك على المشترى لان قبضه قبض ضمان وقبض الشراء أيضاً قبض الضمان فتجانس القبضان فتناوبا ولو كان أخذه ليرده ولكنه لم يشهد على ذلك فهو على الاختلاف المعروف بين أبى حنيفة وصاحبيه عند أبى حنيفة عليه الرحمة يصير قابضاً له عقيب العقد لان هذا قبض ضمان عنده وعندهما لا يصير قابضاً الا بعد الوصول اليه لان هذا قبض أمانة عندهما وهى من مسائل كتاب الاباق واللقطة وعلى هذا بيع الطائر الذى كان فى يده وطار أنه لا ينعقد فى ظاهر الرواية وعلى قياس ماذكره الشافعى رحمه الله ينعقد وعلى هذا بيع السمكة التى أخذها ثم ألقاها فى حظيرة سواء استطاع الخروج عنها أولا بعد ان كان لا يمكنه أخذها بدون الاصطياد وان كان يمكنه أخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف لانه مقدور التسليم كذا البيع وعلى هذا يخرج بيع اللبن فى الضرع لان اللبن لا يجتمع فى الضرع دفعة واحدة بل شيأ فشيأ فيختلط المبيع بغيره على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع فلا ينعقد وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم فى ظاهر الرواية لانه ينمو ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج أصله وهو غير مستحق بالعقد وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وروى عن أبى يوسف انه جوز بيعه والصلح عليه لانه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه كبيع القصيل فى الارض (ووجه) الفرق بين القصيل والصوف لظاهر الرواية ان الصوف لا يمكن جزه من أصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لان الدين اما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة واما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم فى حق البائع ولو شرط التسليم على المديون لا يصح أيضاً لانه شرط التسليم على غير البائع فيكون شرطاً فاسداً فيفسد البيع و يجوز بيعه ممن عليه لان المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم ههنا ونظير بيع المغصوب انه يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا بينة للمالك ولا يجوز بيع المسلم فيه لان المسلم فيه مبيع ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وهل يجوز بيع المجمد فنقول لا خلاف فى أنه اذا سلم المجمدة أولا الى المشترى انه يجوز اما اذا باع ثم سلم قال بعض مشايخنا لا يجوز لانه الى أن يسلم بعضه يذوب فلا يقدر على تسليم جميعه الى المشترى وقال بعضهم يجوز وقال الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله اذا باعه وسلمه من يومه ذلك يجوز وان سلمه بعد أيام لا يجوز وبه أخذ الفقيه أبو الليث عليه الرحمة لانه فى اليوم لا ينقص نقصانا له حصة من الثمن ( وأما ) الذى يرجع الى النفاذ فنوعان أحدهما الملك او الولاية أما الملك فهو أن يكون المبيع مملوكا للبائع فلا ينفذ بيع الفضولى لانعدام الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك وعند الشافعى رحمه الله هو شرط الانعقاد أيضا حتى لا ينعقد بدونه وأصل هذا ان تصرفات الفضولى التى لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على اجازة المجيز من البيع والاجارة والنكاح والطلاق ونحوها فان أجاز ينفذ والا فيبطل وعند الشافعى رحمه الله تصرفاته باطلة ( وجه ) قول الشافعى رحمه الله ان صحة التصرفات الشرعية بالملك أو بالولاية ولم يوجد أحدهما فلا تصح وهذا لان صحة التصرف الشرعى هو اعتباره فى حق الحكم الذى وضع له شرعا لا يعقل للصحة معنى سوى هذا (فأما) الكلام الذى لا حكم له لا يكون صحيحا شرعا والحكم الذى وضع له البيع شرعا وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو الملك أو الولاية فلم يصح ولهذا لم يصح شراؤه فكذا بيعه (ولنا) عمومات البيع من نحو قوله تبارك وتعالى وأحل البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم

وقوله سبحانه وتعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض وابتغوا من فضل الله شرع سبحانه وتعالى البيع والشراء والتجارة وابتغاء الفضل من غير فصل بين ما اذا وجد من المالك بطريق الاصالة و بين ما اذا وجد من الوكيل فى الابتداء أو بين ما اذا وجدت الاجازة من المالك فى الانتهاء و بين وجود الرضا فى التجارة عند العقد أو بعده فيجب العمل باطلاقها الا ما خص بدليل وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضى الله عنه وأمره أن يشترى له أضحية فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار وجاء بدينار وشاة الى النبى عليه الصلاة والسلام فدعا له بالبركة وقال عليه الصلاة والسلام بارك الله فى صفقة يمينك ومعلوم انه لم يكن حكيم مأمورا ببيع الشاة فلو لم ينعقد تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على ما فعل ولا نكر عليه لان الباطل ينكر ولان تصرف العاقل محمول على الوجه الاحسن ما أمكن وقد أمكن حمله على الاحسن ههنا وقد قصد البر به والاحسان اليه بالاعانة على ما هو خير للمالك فى زعمه لعلمه بحاجته الى ذلك لكن لم يتبين الى هذه الحالة لموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع فاقدم عليه نظر الصديقه واحسانا اليه لبيان المحمدة والثناء لتحمل مؤنة مباشرة التصرف الذى هو محتاج اليه والثواب من الله عز وجل بالاعانة على البر والاحسان قال الله تبارك وتعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال تعالى جل شأنه وأحسنوا ان الله يحب المحسنين الا أن فى هذه التصرفات ضررا فى الجملة لان للناس رغائب فى الاعيان وقد يقدم الرجل على شئ ظهرت له الحاجة عنه بازالته عن ملكه لحصول غرضه بدون ذلك ونحو ذلك فيتوقف على اجازة المالك حتى لو كان الامر على ما ظنه مباشر التصرف اجازه وحصل له النفع من جهته فينال الثواب والثناء والا فلا يجيزه و يثنى عليه بقصد الاحسان وايصال النفع اليه فلا يجوز القول باهدار هذا التصرف والحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع ندب الله عز وجل الى ذلك وحثه عليه لما تلونا من الآيات وقوله صحة التصرف عبارة عن اعتباره فى حق الحكم قلنا نعم وعندنا هذا التصرف مفيد فى الجملة وهو ثبوت الملك فيما يتضرر المالك بزواله موقوفا على الاجازة اما من كل وجه أو من وجه لكن لا يظهر شئ من ذلك عند العقد وانما يظهر عند الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا أن يتوقف فى الجواب فى الحال انه صحيح فى حق الحكم أم لا ولا يقطع القول به للحال ولكن يقطع القول بصحته عند الاجازة وهذا جائز وله نظائر فى الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبائع أو المشترى على ما عرف (وأما) شراء الفضولى ففيه تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه ثم الاجازة انما تلحق تصرف الفضولى عندنا بشرائط (منها) أن يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الاجازة لان ما له مجيز متصور منه الاذن للحال وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الاذن القائم مفيدا فينعقد وما لا مجيز له لا يتصور الاذن به للحال والاذن فى المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث فان حدث كان الانعقاد مفيدا وان لم يحدث لم يكن مفيدا فلا ينعقد مع الشك فى حصول الفائدة على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين لا يثبت مع الشك واذا لم ينعقد لا تلحقه الاجازة لان الاجازة للمنعقد وعلى هذا يخرج ما اذا طلق الفضولى امرأة البالغ أو أعتق عبده أو وهب ماله أو تصدق به انه ينعقد موقوفا على الاجازة لان البالغ يملك هذه التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فيتوقف على اجازة المالك و بمثله لو فعل ذلك على الصبى لا ينعقد لان الصبى ليس من أهل هذه التصرفات بنفسه ألا ترى لو فعل ذلك بنفسه لا تنعقد فلم يكن لها مجيز حال وجودها فلم تنعقد وكذلك الصبى المحجور عليه اذا باع مال نفسه أو اشترى أو تزوج امرأة أو زوج أمته أو كاتب عبده أو فعل بنفسه ما لو فعل عليه وليه لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه ما دام صغيرا أو على اجازته بنفسه بعد البلوغ ان لم يوجد من وليه فى حال صغره حتى لو بلغ الصبى قبل اجازة الولى فأجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير اجازة لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها ألا ترى انه لو فعلها وليه جازت فاحتمل التوقف على الاجازة وانما يتوقف على اجازته بنفسه أيضا بعد البلوغ كما يتوقف على اجازة وليه فى حال صغره لانه لما بلغ فقد ملك الانشاء فأولى أن يملك الاجازة ولان ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه فى حال صغره فلما

جاز باجازة وليه فلأن يجوز باجازة نفسه أولى ولا يجوز بمجرد البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشاء من وجه وانه فعل فاعل مختار والبلوغ ليس صنعه فلا يعقل اجازة وكذا اذا وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات ففعل الوكيل قبل بلوغ الصبي أو بعده توقف على اجازته بعد البلوغ الا التوكيل بالشراء فانه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل لان الشراء وجد نفاذا على الوكيل فلا يتوقف الا اذا بلغ الصبي قبل أن يشتري الوكيل فأجاز التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك فيكون الشراء للصبي لا للوكيل لان اجازة الوكالة منه بعد البلوغ بمنزلة انشاء التوكيل ولو وكله ابتداء لكان الشراء له لا للوكيل كذا هذا ومثله اذا طلق الصبي امرأته أو خالعها أو أعتق عبده على غير مال أو على مال أو وهب ماله أو تصدق به أو زوج عبده امرأة أو باع ماله بمحاباة أو اشترى شيأ بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة أو غير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو أجازه وليه أو الصبي بعد البلوغ لا يصح لان هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها فلا تحتمل التوقف على الاجازة الا اذا أجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للانشاء بأن يقول بعد البلوغ أوقعت ذلك الطلاق أو ذلك العتاق فيجوز ويكون ذلك انشاء الاجازة ولو وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات ففعل الوكيل ينظر ان فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل كفعل الموكل ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا اذا فعله الوكيل وان فعل بعد البلوغ يتوقف على اجازته بمنزلة الفضولي على البائع وان بلغ الصبي فأجاز التوكيل بعد البلوغ قبل أن يفعل الوكيل شيأ ثم فعل جاز لان اجازة التوكيل منه بمنزلة انشائه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لانها تصرف لا مجيز له حال وجوده ألا ترى انه لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف وسواء أطلق الوصية أو أضافها الى حال البلوغ لما قلنا حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته الا اذا بلغ وأجاز تلك الوصية بعد البلوغ فتجوز لان الاجازة منه بمنزلة انشاء الوصية ولو أنشأ الوصية بعد البلوغ صح كذا هذا وعلى هذا تصرف المكاتب والعبد المأذون ان ماله مجيز حال وجوده يتوقف على اجازة المولى وما لا مجيز له حالة وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه الا أن بين المكاتب والعبد المأذون والصبي فرقا من وجه وهو ان المكاتب أو المأذون اذا فعل ما يتوقف على الاجازة بان زوج نفسه امرأة ثم عتق ينفذ بنفس الاعتاق وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الاجازة (ووجه) الفرق أن العبد بعد الاذن يتصرف بمالكية نفسه على ما عرف فكان ينبغي أن ينفذ للحال الا أنه توقف لحق المولى فاذا اعتق فقد زال المانع فنفذ بخلاف الصبي فان في أهليته قصورا لقصور عقله فانعقد موقوفا على الاجازة والبلوغ ليس باجازة على ما مر (وأما) حكم شراء الفضولي فجملة الكلام فيه أن الفضولي اذا اشترى شيأ لغيره فلا يخلو اما ان اضاف العقد الى نفسه واما ان أضافه الى الذي اشترى له فان أضافه الى نفسه كان المشتري له سواء وجدت الاجازة من الذي اشترى له أو لم توجد لان الشراء اذا وجد نفاذا على العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لان الاصل أن يكون تصرف الانسان لنفسه لا لغيره قال الله تعالى عز من قائل لها ما كسبت وقال عز من قائل وأن ليس للانسان الا ما سعى وشراء الفضولي كسبه حقيقة فالاصل أن يكون له الا اذا جعله لغيره أو لم يجد نفاذا عليه لعدم الاهلية فيتوقف على اجازة الذي اشترى له بان كان الفضولي صبيا محجورا أو عبدا محجورا فاشترى لغيره يتوقف على اجازة ذلك الغير لان الشراء لم يجد نفاذا عليه فيتوقف على اجازة الذي اشترى له ضرورة فان أجاز نفذ وكانت العهدة عليه لا عليهما لانهما ليسا من أهل لزوم العهدة وان أضاف العقد الى الذي اشترى له بان قال الفضولي للبائع بع عبدك هذا من فلان بكذا فقال بعت وقبل الفضولي البيع فيه لاجل فلان أو قال البائع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل المشتري الشراء منه لاجل فلان فانه يتوقف على اجازة المشري له لان تصرف الانسان وان كان له على اعتبار الاصل الا أن له أن يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وههنا جعله لغيره فينعقد موقوفا على اجازته ولو قال الفضولي للبائع اشتريت منك هذا العبد بكذا لاجل فلان فقال بعت أو قال البائع للفضولي بعت منك هذا العبد بكذا لفلان فقال اشتريت لا يتوقف وينفذ الشراء عليه لانه لم توجد الاضافة الى فلان

في الايجاب والقبول وانما وجدت في أحدهما وأحدهما شطر العقد فلا يتوقف لما ذكرنا ان الاصل أن لا يتوقف
وانما توقف لضرورة الاضافة من الجانبين فاذا لم يوجد يجب العمل بالاصل وهذا بخلاف الوكيل بالشراء انه اذا
اشترى شيأ يقع شراؤه للموكل وان أضاف العقد الى نفسه لا الى الموكل لانه لما أمره بالشراء فقد أنابه مناب نفسه
فكان تصرف الوكيل كتصرفه بنفسه ولو اشترى بنفسه كان المشترى له كذا هذا والله تعالى أعلم ولو اشترى
الفضولي شيأ لغيره ولم يضف المشترى الى غيره حتى لو كان الشراء له فظن المشترى والمشترى له ان المشترى يكون
للمشترى له فسلم اليه بعد القبض بالثمن الذي اشتراه به وقبل المشترى له صح ذلك ويجعل ذلك تولية كانه ولاه منه بما
اشترى ولو علم المشترى بعد ذلك ان الشراء نفذ عليه والمشترى له فأراد أن يسترد من صاحبه بغير رضاه لم يكن له ذلك
لان التولية منه قد صحت فلا يملك الرجوع كمن اشترى منقولا فطلب جاره الشفعة فظن المشترى ان له شفعة فسلم اليه
ثم أراد أحدهما أن ينقض ذلك من غير رضا الآخر لم يكن له ذلك لانه لما سلم اليه صار ذلك بيعا بينهما ولو اختلفا فقال
المشترى له كنت أمرتك بالشراء وقال المشترى اشتريته لك بغير أمرك فالقول قول المشترى له لان المشترى لما قال
اشتريته لك كان ذلك اقرارا منه بانه اشتراه بأمره لان الشراء له لا يكون الا بأمره عادة فكان القول قوله ثم ان أخذه
بقضاء القاضي لا يحل له ذلك الا اذا كان صادقا في كلامه فيما بينه وبين الله جل شأنه وان أخذه بغير قضاء طاب له
لانه أخذه برضاه فصار ذلك بيعا منهما بتراضيهما (ومنها) قيام البائع والمشترى حتى لو هلك أحدهما قبل الاجازة
من المالك لا تلحقه الاجازة (ومنها) قيام المالك حتى لو هلك المالك قبل اجازته لا يجوز باجازة ورثته (ومنها) قيام
المبيع حتى لو هلك قبل اجازة المالك لا يجوز باجازة المالك غير أنه ان هلك في يد المالك يملك بغير شئ وان هلك بعد التسليم
الى المشترى فالمالك بالخيار ان شاء ضمن البائع وان شاء ضمن المشترى لوجود سبب الضمان من كل واحد منهما
وهو التسليم من البائع والقبض من المشترى لان تسليم مال الغير وقبضه بغير اذن صاحبه كل واحد منهما سبب
لوجوب الضمان وأيهما اختار تضمينه برئ الآخر ولا سبيل عليه بحال لانه لما ضمن احدهما فقد ملك المضمون
فلا يملك تمليكه من غيره لما فيه من الاستحالة وهو تمليك شئ واحد في زمان واحد من اثنين على الكمال فان اختار
تضمين المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع وبطل البيع وليس له أن يرجع عليه بما ضمن كما في المشترى من
الغاصب وان اختار تضمين البائع ذكر الطحاوي رحمه الله أنه ينظر ان كان قبض البائع قبض ضمان بان كان
مغصوبا في يده نفذ بيعه لانه لما ضمنه فقد ملك المغصوب من وقت الغصب فتبين انه باع ملك نفسه فينفذ وان
كان قبضه قبض امانة بان كان وديعة عنده فباعه وسلمه الى المشترى لا ينفذ بيعه لان الضمان انما وجب عليه بسبب
متأخر عن البيع وهو التسليم فيملك المضمون من ذلك الوقت لا من وقت البيع فيكون بائعا مال غيره بغير اذنه فلا ينفذ
وذكر محمد رحمه الله في ظاهر الرواية وقال يجوز البيع بتضمين البائع قيل هذا محمول على ما اذا سلمه البائع أولا
ثم باعه لانه اذا سلمه أولا فقد صار مضمونا عليه بالتسليم فتقدم سبب الضمان البيع فتبين انه باع مال نفسه فينفذ ثم
ان كان قيام الاربعة التي ذكرنا شرطا للحوق الاجازة لان الاجازة انما تلحق القيام وقيام العقد بهذه الاربعة ولان
الاجازة لها حكم الانشاء من وجه ولا يتحقق الانشاء بدون العاقدين والمعقود عليه لذلك كان قيامها شرطا للحوق
الاجازة فان وجد صحت الاجازة وصار البائع بمنزلة الوكيل اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ويكون الثمن
للمالك ان كان قائما لانه بدل ملكه وان هلك في يد البائع يهلك امانة كما اذا كان وكيلا في الابتداء وهلك الثمن في
يده ولو فسخه البائع قبل الاجازة انفسخ واسترد المبيع ان كان قد سلم ويرجع المشترى بالثمن على البائع ان كان
قد نقده وكذا اذا فسخه المشترى ينفسخ وكذا اذا فسخه الفضولي فمحمد يحتاج الى الفرق بين البيع والنكاح
فان الفضولي من جانب الرجل في باب النكاح اذا زوجت المرأة نفسها لا يملك الفسخ عنده (ووجه) الفرق له ان
البيع الموقوف لو اتصلت به الاجازة فالحقوق ترجع الى العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف

النكاح لان الحقوق فى باب النكاح لا ترجع الى العاقد بل هو سفير ومعبر فاذا فرغ عن السفارة والعبارة التحق بالاجانب وأما قيام الثمن فى يد البائع هل هو شرط لصحة الاجازة أم لا فالامر لا يخلو اما ان كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والموزون الموصوف والمكيل الموصوف فى الذمة واما ان كان عينا كالعروض فان كان دينا فقيامه فى يد البائع ليس بشرط للحوق الاجازة لان الدين لا يتعين بالتعيين فكان قيامه بقيام الذمة وان كان عينا فقيامه شرط للحوق الاجازة فصار الحاصل ان قيام الاربعة شرط صحة الاجازة اذا كان الثمن دينا واذا كان عينا فقيام الخمس شرط فان وجدت الاجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبائع لا للمالك لان الثمن اذا كان عينا كان البائع مشتريا من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة بل ينفذ على المشترى اذا وجد نفاذا عليه بان كان أهلا وهو أهل والمالك يرجع عليه بقيمة ماله ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه عقد لنفسه ونقد الثمن من مال غيره فيتوقف النقد على الاجازة فاذا اجازه مالكه بعد النقد فيرجع عليه بمثله أو بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن دينا لانه اذا كان دينا كان العاقد بائعا من كل وجه ولا يكون مشتريا بالنفسه أصلا فتوقف على اجازة المالك فاذا أجاز كان مجيزا للعقد فكان بدله له ولو هلكت العين فى يد الفضولى بطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع الى صاحبه ويضمن للمشترى مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه قبضه بعقد فاسد ولو تصرف الفضولى فى العين قبل الاجازة ينظر ان تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل لان الملك فى العقد الفاسد يقف على القبض وان تصرف فيه بعد ما قبض باذن المشترى صريحا أو دلالة يصح تصرفه لانه تصرف فى ملك نفسه وعليه مثله أو قيمته لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون به ولا تلحقه الاجازة لانه ملك بجواز تصرفه فيه فلا يحتمل الاجازة بعد ذلك ولو تصرف المشترى فى المبيع قبل الاجازة لا يجوز تصرفه سواء كان قبض المبيع أو لم يقبضه لعدم اذن مالكه والله تعالى أعلم (وأما) الولاية فالولاية فى الاصل نوعان نوع يثبت بتولية المالك ونوع يثبت شرعا لا بتولية المالك أما الاول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وان لم يكن المحل مملوكا له لوجود الولاية المستفادة من الموكل وأما الثانى فهو ولاية الاب والجد أب الاب والوصى والقاضى وهو نوعان أيضا ولاية النكاح وولاية غيره من التصرفات أما ولاية النكاح فموضع بيانها كتاب النكاح وأما ولاية غيره من المعاملات فالكلام فيه فى مواضع فى بيان سبب هذه الولاية وفى بيان شرائطها وفى بيان ترتيب الولاية أما الاول فسبب هذا النوع من الولاية فى التحقيق شيئان أحدهما الابوة والثانى القضاء لان الجد من قبل الاب أب لكن بواسطة ووصى الاب والجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك ولاية الابوة من حيث المعنى ووصى القاضى يستفيد الولاية من القاضى فكان ذلك ولاية القضاء معنى أما الابوة فلانها داعية الى كمال النظر فى حق الصغير لوفور شفقة الاب وهو قادر على ذلك لكمال رأيه وعقله والصغير عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر على العاجز عن النظر أمر معقول مشروع لانه من باب الاعانة على البر ومن باب الاحسان ومن باب اعانة الضعيف واغاثة اللهفان وكل ذلك حسن عقلا وشرعا ولان ذلك من باب شكر النعمة وهى نعمة القدرة اذ شكر كل نعمة على حسب النعمة فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا فضلا عن الجواز ووصى الاب قائم مقامه لانه رضيه واختاره فالظاهر انه ما اختاره من بين سائر الناس الا لعلمه بان شفقته على ورثته مثل شفقته عليهم ولولا ذلك لما ارتضاه من بين سائر الناس فكان الوصى خلفا عن الاب وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو والجد له كمال الرأى ووفور الشفقة الا أن شفقته دون شفقة الاب فلا جرم تأخرت ولايته عن ولاية الاب وولاية وصيه ووصى وصيه أيضا لان تلك ولاية الاب من حيث المعنى على ما ذكرنا ووصى الجد قائم مقامه لانه استفاد الولاية من جهته وكذا وصى وصيه وأما القضاء فلان القاضى لاختصاصه بكمال العلم والعقل والورع والتقوى والخصال الحميدة أشفق الناس على اليتامى فصلح وليا وقد قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له الا أن شفقته دون شفقة الاب والجد لان شفقتهما تنشأ عن القرابة وشفقته لا وكذا وصيه

فتأخرت ولايته عن ولايتهما

﴿ فصل ﴾ وأما شرائطها فأنواع بعضها يرجع الى الولى و بعضها يرجع الى المولى عليه و بعضها يرجع الى المولى فيه أما الذى يرجع الى الولى فأشياء (منها) أن يكون حرا فلا تثبت ولاية العبد لقوله سبحانه وتعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ ولانه لا ولاية له على نفسه فكيف تثبت له الولاية على غيره (ومنها) أن يكون عاقلا فلا ولاية للمجنون لما قلنا (ومنها) اسلام الولى اذا كان المولى عليه مسلما فان كان كافرا لا تثبت له عليه الولاية لقوله عزوجل ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولان تنفيذ الولاية للكافر على المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز (وأما) الذى يرجع الى المولى عليه فالصغر فلا تثبت الولاية على الكبير لانه يقدر على دفع حاجة نفسه فلا حاجة الى اثبات الولاية عليه لغيره وهذا لان الولاية على الحر تثبت مع قيام المنافى للضرورة ولا ضرورة حالة القدرة فلا تثبت (وأما) الذى يرجع الى المولى فيه فهو أن لا يكون من التصرفات الضارة بالمولى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا اضرار فى الاسلام وقال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا والاضرار بالصغير ليس من المرحمة فى شئ فليس له أن يهب مال الصغير من غيره بغير عوض لانه ازالة ملكه من غير عوض فكان ضررا محضا وكذا ليس له أن يهب بعوض عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد له ذلك (وجه) قوله أن الهبة بعوض معاوضة المال بالمال فكان فى معنى البيع فملكها كما يملك البيع (ولهما) أنها هبة ابتداء بدليل أن الملك فيها يقف على القبض وذلك من أحكام الهبة وانما تصير معاوضة فى الانتهاء وهو لا يملك الهبة فلم تنعقد هبته فلا يتصور أن تصير معاوضة بخلاف البيع لانه معاوضة ابتداء وانتهاء وهو يملك المعاوضة وليس له أن يتصدق بماله ولا ان يوصى به لان التصدق والوصية ازالة الملك من غير عوض مالى فكان ضررا فلا يملكه وليس له أن يطلق امرأته لان الطلاق من التصرفات الضارة المحضة وليس له أن يعتق عبده سواء كان بعوض أو بغير عوض أما بغير عوض فلانه ضرر محض وكذا بعوض لانه لا يقابله العوض للحال لان العتق معلق بنفس القبول واذا عتق بنفس القبول يبقى الدين فى ذمة المفلس وقد يحصل وقد لا يحصل فكان الاعتاق ضررا محضا للحال وكذا ليس له أن يقرض ماله لان القرض ازالة الملك من غير عوض للحال وهو معنى قولهم القرض تبرع وهو لا يملك سائر التبرعات كذا هذا بخلاف القاضى فانه يقرض مال اليتيم (ووجه) الفرق ان الاقراض من القاضى من باب حفظ الدين لان توى الدين بالافلاس أو بالانكار والظاهر أن القاضى يختار أملى الناس وأوثقهم وله ولاية التفحص عن أحوالهم فيختار من لا يتحقق افلاسه ظاهرا وغالبا وكذا القاضى يقضى بعلمه فلا يتحقق التوى بالانكار وليس لغير القاضى هذه الولاية فبقى الاقراض منه ازالة الملك من غير أن يقابله عوض للحال فكان ضررا فلا يملكه وله ان يدين ماله من غيره وصورة الاستدانة أن يطلب انسان من غير الاب أو الوصى أن يبيعه شيأ من أموال الصغير بمثل قيمته حتى يجعل أصل الشئ ملكه وثمن المبيع دينا عليه ليرده فان باعه منه بزيادة على قيمته فهو عينه وانما ملك الادانة ولم يملك القرض لان الادانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له أن يزوج عبده لانه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر وليس له أن يبيع ماله بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة ولو باع لا ينفذ بيعه لانه ضرر فى حقه وكذا ليس له أن يؤاجر نفسه أو ماله بأقل من أجرة المثل قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة وليس له أن يشترى بماله شيأ بأكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشترى ينفذ عليه و يكون المشترى له لان الشراء وجد نفاذا على المشترى وله أن يقبل الهبة والصدقة والوصية لان ذلك نفع محض فيملكه الولى وقال عليه الصلاة والسلام خير الناس من ينفع الناس وهذا يجرى مجرى الحث على النفع والحث على النفع ممن لا يملك النفع عبث وله أن يزوج أمته لانه نفع وله أن يبيع ماله بأكثر من قيمته و يشترى له شيأ بأقل من قيمته لما قلنا وله أن يبيعه بمثل قيمته و بأقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله أن يشترى له شيأ بمثل قيمته و بأكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذا له أن يؤاجر نفسه وماله بأكثر من أجر مثله أو بأجر مثله أو بأقل منه قدر ما يتغابن الناس

فيه عادة وكذا له أن يستأجر له شيأ بأقل من أجر المثل أو باجر المثل أو باكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة ولو أجر نفسه أو ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في اجارة النفس ان شاء مضى عليها وان شاء أبطلها ولا خيار له في اجارة المال (ووجه) الفرق ان اجارة مال الصغير تصرف في ماله على وجه النظر فيقوم الأب فيه مقامه فلا يثبت له خيار الابطال بالبلوغ فأما اجارة نفسه فتصرف على نفسه بالاضرار وكان ينبغي أن لا يملكه الاب الا أنه ملكها من حيث انها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له والأب يلي تأديب الصغير فولها على أنها تأديب فاذا بلغ فقد انقطعت ولاية التأديب وهو الفرق وله أن يسافر بماله وله أن يدفع ماله مضاربة وله أن يبضع وله أن يوكل بالبيع والشراء والاجارة والاستئجار لان هذه الاشياء من توابع التجارة فكل من ملك التجارة يملك ما هو من توابعها ولهذا املكها المأذون وله أن يعير ماله استحسانا والقياس أن لا يجوز (وجه) القياس ان الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان ضررا (وجه) الاستحسان ان هذا من توابع التجارة وضروراتها فتملك بملك التجارة ولهذا املكها المأذون وله أن يودع ماله لان الايداع من ضرورات التجارة وله أن يأذن له بالتجارة عندنا اذا كان يعقل البيع والشراء لان الاذن بالتجارة دون التجارة فاذا ملك التجارة بنفسه فلان يملك الاذن بالتجارة أولى وله أن يكاتب عبده لان المكاتبة عقد معاوضة فكان في معنى البيع وله أن يرهن ماله بدينه لان الرهن من توابع التجارة لان التاجر يحتاج اليه ولانه قضاء الدين وهو يملك قضاء دينه من ماله فيملك الرهن بدينه أيضا وله أن يرهن ماله بدين نفسه أيضا لان عين المرهون تحت يد المرتهن الا أنه اذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديا من ذلك دين نفسه وله أن يجعل ماله مضاربة عند نفسه وينبغي أن يشهد على ذلك في الابتداء ولو لم يشهد يحل له الربح فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك اذا شارك ورأس ماله أقل من مال الصغير فان أشهد فالربح على ما شرط وان لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالى ولكن القاضي لا يصدقه ويجعل الربح على قدر رأس مالهما وما عرفت من الجواب في الاب فهو الجواب في وصيه حال عدمه وفي الجد ووصيه حال عدمه الا أن بين الاب ووصيه وبين الجد ووصيه فرقا من وجوه مخصوصة (منها) ان الاب أو الجد اذا اشترى مال الصغير لنفسه أو باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته أو بأقل جاز ولو فعل الوصي ذلك لا يجوز عند محمد أصلا وعند أبي حنيفة وأبي يوسف ان كان خيرا لليتيم جاز والا فلا (ومنها) ان لهما ولاية الاقتصاص لاجل الصغير في النفس وما دونها وللوصي ولاية الاقتصاص فيما دون النفس وليس له ولاية الاقتصاص في النفس (ومنها) ان له ولاية الصلح في النفس وما دونها على قدر الدية من غير حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو وفي جواز الصلح من الوصي روايتان وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح ثم ولي اليتيم هل يأكل من مال اليتيم فنقول لا خلاف في أنه اذا كان غنيا لا يأكل لقوله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف فاما اذا كان فقيرا فهل له أن يأكل على سبيل الاباحة أو ليس له أن يأكل الا قرضا اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان له أن يأكل على سبيل الاباحة لكن بالمعروف من غير اسراف وهو قول سيدتنا عائشة رضي الله عنها وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه يأكل قرضا فاذا أيسر قضى وهو احدى الروايتين عن ابن عباس رضي الله عنهما احتج هؤلاء بقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم أمر سبحانه وتعالى بالاشهاد على الايتام عند دفع المال اليهم ولو كان المال في أيدي الاولياء بطريق الامانة لكان لا حاجة الى الاشهاد لان القول قول الولي اذا قال دفعت المال الى اليتيم عند انكاره وانما الحاجة الى الاشهاد عند الاخذ قرضا ليأكل منه لان في قضاء الدين القول قول صاحب الدين لا قول من يقضي الدين وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه انه فسر قوله عز وجل ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف قال قرضا احتج الاولون بظاهر قوله عز شأنه ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف أطلق الله عز شأنه لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف وهو الوسط من غير اسراف وروى ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ليس لي مال ولي يتيم فقال عليه الصلاة والسلام كل من مال يتيمك

غير مسرف ولا متأثل مالك بماله وذكر محمد ومالك فى الموطأ أن الافضل هو الاستعفاف من ماله لما روى ان رجلا أتى عبد الله بن مسعود رضى الله عنه فقال له أوصى الى يتيم فقال عبد الله لا تشتر من ماله شيأ ولا تستقرض من ماله شيأ والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما ترتيب الولاية فأولى الاولياء الاب ثم وصيه ثم وصى وصيه ثم الجد ثم وصيه ثم وصى وصيه ثم القاضى ثم من نصبه القاضى وهو وصى القاضى وانما تثبت الولاية على هذا الترتيب لان الولاية على الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف بأنفسهم والنظر على هذا الترتيب لان ذلك مبنى على الشفقة وشفقة الاب فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق شفقة الجد لانه مرضى الاب ومختاره فكان خلف الاب فى الشفقة وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو وشفقة الجد فوق شفقة القاضى لان شفقته تنشأ عن القرابة والقاضى أجنبى ولا شك ان شفقة القريب على قريبه فوق شفقة الاجنبى وكذا شفقة وصيه لانه مرضى الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته واذا كان ما جعل له الولاية على هذا الترتيب كانت الولاية على هذا الترتيب ضرورة لان ترتيب الحكم على حسب ترتيب العلة والله سبحانه وتعالى أعلم وليس لمن سوى هؤلاء من الام والاخ والعم وغيرهم ولاية التصرف على الصغير فى ماله لان الاخ والعم قاصرا الشفقة وفى التصرفات تجرى جنايات لا يهتم لها الاذو الشفقة الوافرة والام وان كانت لها وفور الشفقة لكن ليس لها كمال الرأى لقصور عقل النساء عادة فلا تثبت لهن ولاية التصرف فى المال ولا لوصيهن لان الوصى خلف الموصى قائم مقامه فلا يثبت له الاقدر ما كان للموصى وهو قضاء الدين والحفظ لكن عند عدم هؤلاء ولوصى الام والاخ ان يبيع المنقول والعقار لقضاء دين الميت والباقى ميراث للصغير ثم ينظر ان كان واحد ممن ذكرنا حيا حاضرا فليس له ولاية التصرف أصلا فى ميراث الصغير لان الموصى لو كان حيا لا يملكه فى حال حياته فكذا الوصى وان لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير الا انه يبيع المنقول لان بيع المنقول من باب الحفظ لان حفظ الثمن أيسر وليس له أن يبيع العقار لاستغنائه عن الحفظ لكونه محفوظا بنفسه وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير لانها محفوظة وليس له أن يشترى شيأ على سبيل التجارة وله أن يشترى ما لا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من المال من جهة أخرى سوى الارث بان وهب له شئ أو أوصى له به فليس له ولاية التصرف فيه أصلا عقارا كان أو منقولا لانه لم يكن للموصى عليه ولاية فكذا الوصى (وأما) وصى المكاتب فله أن يبيع المنقول والعقار لقضاء دين المكاتب ولقضاء دين الكتابة لان المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه وما فضل من كسبه يكون ميراثا لورثته (اما) الاحرار منهم فلا شك وكذا الولد المولود فى الكتابة ومن كوتب معه لانه عتق فى آخر جزء من أجزاء حياته بعتق أبيه واذا صار الفاضل من كسبه ميراثا لورثته فهل يملك التصرف فى مالهم ذكر فى الزيادات انه لا يملك الا الحفظ وجعله بمنزلة وصى الام والاخ والعم وفى كتاب القسمة الحقه بوصى الاب فانه أجاز قسمته فى العقارات والقسمة فى معنى البيع فمن جازت قسمته يجوز بيعه فكان فيه روايتان وهذا اذا مات قبل أداء بدل الكتابة فاما اذا أدى بدل الكتابة فى حال حياته وعتق ثم مات كان وصيه كوصى الحر بلا خلاف والثانى أن لا يكون فى المبيع حق لغير البائع فان كان لا ينعقد كالمرهون والمستأجر لان فيه ابطال حق المرتهن والمستأجر وهذا لا يجوز وقد اختلفت عبارات الكتب فى هذه المسئلة فى بعضها ان البيع فاسد وفى بعضها انه موقوف وهو الصحيح لان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى مال متقوم مملوك له مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه والدليل على انه مقدور التسليم انه يمكنه أن يفتك الرهن بقضاء الدين فيسلمه الى المدين وكذا احتمال الاجازة من المرتهن والمستأجر ثابت فى البابين جميعا الا انه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فتوقف ويمكن التوفيق بين الروايتين بان يحمل قوله فاسد على انه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا فاذا توقف على اجازتهما فان أجازا جاز ونفذ وهل يملكان المطالبة بالفسخ ذكر القدورى رحمه الله فى شرحه وقال اما المستأجر فلا يملك واما المرتهن فيجوز أن يقال يملك فرق بينهما من حيث ان حق المستأجر فى

المنفعة لا فى العين اذ الاجارة عقد على المنفعة لا على العين والبيع عقد على العين فلم يكن البيع تصرفا فى محل حق المستأجر فلا يثبت له الخيار وحق المرتهن فى العين لانه يستوفى الدين من بدل العين بالبيع عند عدم الافتكاك من الراهن ولهذا لو أجاز البيع كان الثمن رهناً عنده فكان البيع تصرفا فى محل حقه فيثبت له الخيار وهل يثبت للمشترى خيار الفسخ فان لم يعلم انه مرهون أو مؤجر يثبت لان العقد المطلق يقتضى التسليم للحال وقد فات فيثبت له خيار الفسخ وان علم فلا خيار له لانه رضى بالتسليم فى الجملة ولو باع عبده الذى وجب عليه القود نفذ لانه لا حق لولى القتيل فى نفس القاتل وانما له ولاية استيفاء القصاص وانها لا تبطل بالبيع فيجوز البيع ولا يصير المولى بالبيع مختارا للفداء سواء علم بالجناية أو لم يعلم لان حق الولى فى القصاص والبيع لا يبطل القصاص وكذلك لو أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها لما قلنا وكذا لو باع عبده الذى هو حلال الدم بالردة لان الردة توجب اباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها وكذا لو أعتقه أو دبره وكذا لو باع عبده الذى وجب قطع يده بالسرقة أو وجب عليه حد من الحدود كحد الزنا والقذف والشرب لان الواجب بهذه الجنايات ولاية استيفاء القطع والحد والبيع لا يبطلها ولو باع عبده الذى وجب دفعه بالجناية يجوز علم المولى بالجناية أولا ولا سبيل لولى الجناية على العبد ولا على المشترى لانه لا حق له فى نفس العبد وانما يخاطب المولى بالدفع الا أن يختار الفداء غير انه ان كان عالما بالجناية يلزمه ارش الجناية بالغاً ما بلغ لان اقدامه على البيع بعد العلم بالجناية ختيار للفداء اذ لو لم يختر لما باعه لما فيه من ابطال حق ولى الجناية فى الدفع والظاهر انه لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع ابطالا لحقهم الى بدل وهو الفداء فكان الاقدام على البيع اختياراً للفداء بخلاف ما اذا كان عليه قتل أو قطع بسبب السرقة أو حد لان البيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق فلم يكن الاقدام على البيع اختيارا للفداء فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت على حالها وان كان عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن أرش الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية كان البيع استهلاكا للعبد من غير اختياره فعليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية لانه ما أتلف على ولى الجناية الا قدر الارش الا اذا كان أقلهما عشرة آلاف درهم فينقص منها عشرة دراهم لان قيمة قتل العبد خطأً اذا بلغ عشرة آلاف درهم ينقص منها عشرة دراهم وكذلك لو أعتقه المولى أو دبره أو كاتب أمة فاستولدها جاز ولا سبيل لولى الجناية على العبد والمدبر وأم الولد غير انه ان علم بالجناية كان ذلك اختياراً منه للفداء وان لم يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن الدين وما زاد على هذا نذكره فى كتاب جنايات العبيد فى آخر كتاب الجنايات ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الصحة فأنواع بعضها يعم البياعات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض اما الشرائط العامة (فمنها) ما ذكرنا من شرائط الانعقاد والنفاذ لان ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه ضرورة اذ الصحة أمر زائد على الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد والنفاذ كان شرط الصحة ضرورة وليس كل ما يكون شرط الصحة يكون شرط النفاذ والانعقاد عندنا فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض به عندنا وان لم يكن صحيحاً (ومنها) أن يكون المبيع معلوما وثمنه معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان أحدهما مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد البيع وان كان مجهولا جهالة لا تفضى الى المنازعة لا يفسد لان الجهالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع واذا لم تكن مفضية الى المنازعة لا تمنع من ذلك فيحصل المقصود وبيانه فى مسائل اذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو ثوبا من هذا العدل فالبيع فاسد لان الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية الى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب فيوجب فساد البيع فان عين البائع شاة أو ثوبا وسلمه اليه ورضى به جاز ويكون ذلك ابتداء بيع بالمراضاة ولان البياعات للتوسل الى استيفاء النفوس الى انقضاء آجالها والتنازع يفضى الى التفانى فيتناقض ولان الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق الا بالمعلوم والكلام فى هذا الشرط فى موضعين أحدهما ان العلم بالمبيع والثمن علما مانعاً من المنازعة شرط صحة البيع * والثانى فى بيان ما يحصل به العلم بهما (اما) الاول فبيانه فى مسائل وكذا اذا قال بعتك أحد هذه الاثواب الاربعة

بكذا وذكر خيار التعيين أو سكت عنه أو قال بعتك أحد هذين الثوبين أو أحد هذه الأثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع فاسد لان المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بان قال على انك بالخيار تأخذ أيها شئت بثمن كذا وترد الباقي فالقياس أن يفسد البيع وفى الاستحسان لا يفسد (وجه) القياس ان المبيع مجهول لانه باع أحدهما غير عين وهو غير معلوم فكان المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع كما لو باع أحد الأثواب الاربعة وذكر الخيار (وجه) الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة الى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق الى دفع الغبن وورود الشرع هناك يكون ورودا ههنا والحاجة تندفع بالتحرى فى ثلاثة لاقتصار الاشياء على الجيد والوسط والردىء فيبقى الحكم فى الزيادة مردودا الى أصل القياس ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك فان كل أحد لا يمكنه أن يدخل السوق فيشترى ما يحتاج اليه خصوصا الاكابر والنساء فيحتاج الى أن يأمر غيره ولا تندفع حاجته بشراء شىء واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الآمر فيحتاج الى ان يشترى أحد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعا الى الآمر فيختار أيهما شاء بالثمن المذكور ويرد الباقى فجوزنا ذلك لتعامل الناس ولا تعامل فيما زاد على الثلاثة فبقى الحكم فيه على أصل القياس وقوله المعقود عليه مجهول قلنا هذا ممنوع فانه اذا شرط الخيار بان قال على أن تأخذ أيهما شئت فقد انعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع ما ان هذه جهالة لا تفضى الى المنازعة لانه فوض الامر الى اختيار المشترى يأخذ أيهما شاء فلا تقع المنازعة وهل يشترط بيان المدة فى هذا الخيار اختلف المشايخ فيه لاختلاف ألفاظ محمد فى هذه المسئلة فى الكتب فذكر فى الجامع الصغير على أن يأخذ المشترى أيهما شاء وهو فيه بالخيار ثلاثة أيام وذكر فى الاصل على أن يأخذ أيهما شاء بألف ولم يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز هذا البيع الا بذكر مدة خيار الشرط وهو ثلاثة أيام فما دونها عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد أن يكون معلوما وهو قول الكرخى والطحاوى رحمهما الله وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة (وجه) قول الاولين ان المبيع لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة بالاجماع فكذا اذا كان واحدا غير معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت تجهيل لمدة الخيار وانه مفسد للبيع لان للمشترى أن يردهما جميعا والثابت بخيار التعيين رد أحدهما وهذا حكم خيار الشرط فلا بد من ذكر مدة معلومة (وجه) قول الآخرين ان توقيت الخيار فى المعين انما كان شرطا لان الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة الى دفع الغبن بواسطة التأمل فكان فى معنى الاستثناء فلا بد من التوقيت ليصح استثناء ذلك فى الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار التعيين لا يمنع ثبوت الحكم بل يثبت الحكم فى أحدهما غير عين وانما يمنع تعين المبيع لا غير فلا يشترط له بيان المدة والله سبحانه وتعالى أعلم والدليل على التفرقة بينهما أن خيار الشرط لا يورث على أصل أصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع الا أن للمشترى أن يردهما جميعا لا حكما لخيار الشرط المعهود ليشترط له بيان المدة بل لان البيع المضاف الى أحدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار معهود على ما نذكر ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى ثوبين أو عبدين أو دابتين على أن المشترى أو البائع بالخيار فى أحدهما ثلاثة أيام ولم يبين الذى فيه الخيار من الذى لا خيار فيه ولا بين حصة كل واحد منهما من الثمن أن البيع فاسد فيهما جميعا لجهالة المبيع والثمن (أما) جهالة المبيع فلان العقد فى أحدهما بات وفى الآخر خيار ولم يعين أحدهما من الآخر فكان المبيع مجهولا وأما جهالة الثمن فلانه اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فلا يعرف ذلك الا بالحزر والظن فكان الثمن مجهولا والمبيع مجهولا وجهالة أحدهما تمنع صحة البيع فجهالتهما أولى وكذا اذا عين الذى فيه الخيار لكن لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لان الثمن مجهول وكذا اذا بين ثمن كل واحد منهما لكن لم يعين الذى فيه الخيار من صاحبه لان المبيع مجهول ولو عين وبين جاز البيع فيهما جميعا لان المبيع والثمن معلومان ويكون البيع فى أحدهما باتا من غير خيار وفى الآخر فيه خيار لانه هكذا فعل فاذا أجاز من له الخيار البيع فيما له فيه الخيار أو مات أو مضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع ولزم

المشترى ثمنهما ليس له أن يأخذ أحدهما أو كلاهما ما لم ينقد ثمنهما جميعا لان الخيار لما سقط ولزم العقد صار كانه اشتراهما جميعا شراء باتا ولو كان كذلك كان الامر على ما وصفنا فكذا هذا ولو اشترى ثوبا واحدا أو دابة واحدة بثمن معلوم على أن المشترى أو البائع بالخيار فى نصفه ونصفه بات جاز البيع لان النصف معلوم وثمنه معلوم أيضا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم والجملة أكثر مما سمى فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية الى المنازعة فان عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك او تراضيا عليه فهو جائز لان ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطى واليه أشار فى الكتاب فقال وانما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا وهذا نص على جواز البيع بالمراوضة ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لانه جعل ثمنه قيمته وانها تختلف باختلاف تقويم المقومين فكان الثمن مجهولا وكذلك اذا اشترى من هذا اللحم ثلاثة أرطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع فاسد وكذلك اذا بين الموضع بان قال زن لى من هذا الجنب رطلا بكذا أو من هذا الفخذ على قياس قول أبى حنيفة فى السلم وعلى قياس قولهما يجوز وكذا روى عن محمد رحمه الله أنه يجوز وكذا اذا باع بحكم المشترى أو بحكم فلان لانه لا يدرى بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا وكذا اذا قال بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير لان الثمن مجهول وقيل هو البيعان فى بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعين فى بيع وكذا اذا قال بعتك هذا العبد بالف درهم الى سنة أو بالف وخمسمائة الى سنتين لان الثمن مجهول وقيل هو الشرطان فى بيع وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين فى بيع ولو باع شيأ بربح ده يازده ولم يعلم المشترى رأس ماله فالبيع فاسد حتى يعلم فيختار أو يدع هكذا روى ابن رستم عن محمد لانه اذا لم يعلم رأس ماله كان ثمنه مجهولا وجهالة الثمن تمنع صحة البيع فاذا علم ورضى به جاز البيع لان المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت فى المجلس وله حكم حالة العقد فصار كانه كان معلوما عند العقد وان لم يعلم به حتى اذا افترقا تقرر الفساد ولو هلك المبيع قبل العلم بعد القبض فعليه قيمته لان هذا حكم البيع الفاسد وقد تقرر الفساد بالهلاك لان بالهلاك خرج البيع عن احتمال الاجازة والرضا لان الاجازة انما تلحق القائم دون الهالك فتقرر الفساد فلزمته القيمة وروى ابن شجاع عن محمد أن البيع جائز ومعناه أنه موقوف على الاجازة واليه أشار أبو يوسف رحمه الله فانه قال صح وهذه أمارة البيع الموقوف فان مات البائع قبل أن يرضى المشترى وقد قبض أو لم يقبض انتقض البيع ولو كان المبيع عبداً فقبضه ثم أعتقه أو باعه أو مات قبل العلم جاز العتق والبيع وعليه قيمته لوجود الهلاك حقيقة بالموت و بالاعتاق فى المبيع نخرج البيع عن احتمال الاجازة فتأكد الفساد فيلزمه القيمة ولو أعتقه بعد ما علم برأس المال فعليه الثمن لان اقدامه على الاعتاق دليل الاجازة ولو عتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته لانه لا صنع له فى القرابة فلم يوجد دليل الاجازة فكان العتق بها بمنزلة هلاك العبد قبل العلم وهناك تجب القيمة كذا ههنا وكذا اذا باع الشئ برقمه أو رأس ماله ولم يعلم المشترى رقمه ورأس ماله فهو كما اذا باع شيأ بربح ده يازده ولم يعلم ما اشترى به ولو قال بعتك قفيزاً من هذه الصبرة صح وان كان قفيزاً من صبرة مجهولا لكن هذه جهالة لا تفضى الى المنازعة لان الصبرة الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من القطيع وثوب من الاربعة لان بين شاة وشاة تفاوتا فاحشا وكذا بين ثوب وثوب والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شيأ بعشرة دراهم أو بعشرة دنانير وفى البلد نقود مختلفة انصرف الى النقد الغالب لان مطلق الاسم ينصرف الى المتعارف خصوصا اذا كان فيه صحة العقد وان كان فى البلد نقود غالبة فالبيع فاسد لان الثمن مجهول اذ البعض ليس بأولى من البعض وعلى هذا يخرج أصل أبى حنيفة عليه الرحمة أن جملة الثمن اذا كانت مجهولة عند العقد فى بيع مضاف الى جملة فالبيع فاسد الا فى القدر الذى جهالته لا تفضى الى المنازعة وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلوا ما ان كان من المثليات من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون من غيرها من الذرعيات والعدديات المتفاوتة ولا يخلوا اما ان سمى جملة الكيل والوزن والعدد والذرع فى البيع واما ان لم يسم اما المكيلات فان لم يسم جملتها بان قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها

بدرهم لم يجز البيع الا فى قفيز منها بدرهم ويلزم البيع فيه عند أبى حنيفة ولا يجوز فى الباقى الا اذا علم المشترى جملة القفزان قبل الافتراق بان كالها فله الخيار ان شاء أخذ كل قفيز بدرهم وان شاء ترك وان لم يعلم حتى افترقا عن المجلس تقرر الفساد وعند أبى يوسف ومحمد يلزمه البيع فى كل الصبرة كل قفيز منها بدرهم سواء علم أو لم يعلم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل قفيز منها بدرهمين أو كل ثلاثة أقفزة منها بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف الوزن الذى لا ضرر فى تبعيضه كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددى المتقارب كالجوز واللوز اذا لم يسم جملتها (وأما) الذرعيات فان لم يسم جملة الذرعان بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الارض أو هذه الخشبة كل ذراع منها بدرهم فالبيع فاسد فى الكل عند أبى حنيفة رحمه الله الا اذا علم المشترى جملة الذرعان فى المجلس فله الخيار ان شاء أخذ وان شاء ترك وان لم يعلم حتى اذا تفرقا تقرر الفساد وعند أبى يوسف ومحمد يجوز البيع فى الكل ويلزمه كل ذراع منه بدرهم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل ذراعين بدرهمين أو كل ثلاثة أذرع بثلاثة دراهم وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوتة كالاغنام والعبيد بأن قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها بعشرة دراهم ولم يسم جملة الشياه وعلى هذا الخلاف الوزنى الذى فى تبعيضه ضرر كالمصوغ من الاوانى والقلب ونحو ذلك (وجه) قولهما فى مسائل الخلاف أن جملة البيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول الى العلم بالكيل والوزن والعدد والذرع فكانت هذه جهالة ممكنة الرفع والازالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع بوزن هذا الحجر ذهبا ولابى حنيفة رحمه الله أن جملة الثمن مجهولة حالة العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد كما اذا باع الشئ برقمه ولا شك أن جهالة الثمن حالة العقد مجهولة لانه باع كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة وكذلك هذا فى الموزون والمعدود والمذروع وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة للحال الى أن ترتفع وعندنا اذا ارتفعت فى المجلس ينقلب العقد الى الجواز لان المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذا الحجر ذهبا ممنوع على اصل أبى حنيفة رحمه الله وانما اختلف جواب أبى حنيفة بين المثليات وغيرهما من وجه حيث جوز البيع فى واحد فى باب الامثال ولم يجز فى غيرها أصلا لان المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية الى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة مع الصحة لانها لا تفضى الى المنازعة الا ترى لو اشترى قفيزا من هذه الصبرة ابتداء جاز فاذا تعذر العمل بعموم كلمة كل صرفت الى الخصوص لانه ممكن على الاصل المعهود فى صيغة العام اذا تعذر العمل بعمومها أنها تصرف الى الخصوص عند امكان الصرف اليه بخلاف الاشياء المتفاوتة لان جهالة شاة من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية الى المنازعة الا ترى أن بيع ذراع من ثوب وشاة من قطيع لا يجوز ابتداء فتعذر العمل بعموم كلمة كل ففسد البيع فى الكل ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاتين بعشرين درهما فالبيع فاسد فى الكل بالاجماع وان علم المشترى عدد الجملة فى المجلس واختار البيع فرق بين المعدود المتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون والمعدود المتقارب أن الواحد والاثنين هناك على الاختلاف واذا علم فى المجلس واختار البيع يجوز بلا خلاف وههنا لا يجوز فى الاثنين بلا خلاف وان علم واختار البيع (ووجه) الفرق أن المانع هناك جهالة الثمن وهى محتملة الارتفاع والزوال ثمة بالعلم فى المجلس فكان المانع يحتمل الزوال والجهالة ههنا لا تحتمل الارتفاع أصلا لان ثمة كل واحد منهما مجهول لا يدرى كم هو ولو قال بعت منك هذه الصبرة بمائة درهم كل قفيز بدرهم ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمى جملة الثمن لم يذكر هذا فى الاصل وذكر الطحاوى رحمه الله أنه يجوز وهو صحيح لان المانع جهالة الثمن ولم توجد حيث سماها وصارت تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة المبيع ولو سمى جملة المبيع لجاز على ما نذكره كذا هذا هذا الذى ذكرنا اذا لم يسم جملة المبيع من المكيلات والموزونات والمذروعات والمعدودات فأما اذا سماها بان قال بعت منك هذه الصبرة على أنها مائة قفيز كل قفيز بدرهم أو قال على أنها مائة قفيز بمائة درهم سمى لكل واحد من القفزان ثمنا على حدة أو سمى للكل ثمنا واحدا هما سواء فلا شك فى جواز البيع لان جملة المبيع معلومة وجملة الثمن

معلومة ثم ان وجدها كما سمى فالامر ماض ولا خيار للمشترى وان وجدها أزيد من مائة قفيز فالزيادة لا تسلم للمشترى بل ترد الى البائع ولا يكون للمشترى الا قدر ما سمى وهو مائة قفيز ولا خيار له وان وجدها أقل من مائة قفيز فالمشترى بالخيار ان شاء أخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان وان شاء تركها وأصل هذا أن الزيادة فيما لا ضرر فى تبعيضه لا تجرى مجرى الصفة بل هى أصل فلابد وان يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة فلا يدخل فى البيع فكان ملك البائع فيرد اليه والنقصان فيه نقصان الاصل لا نقصان الصفة فاذا وجدها أنقص مما سمي نقص من الثمن حصة النقصان وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه لانها وقعت على مائة قفيز ولم تسلم له فأوجب خللا فى الرضا فيثبت له خيار الترك وكذا الجواب فى الموزونات التى ليس فى تنقيصها ضرر لان الزيادة فيها لا تجرى مجرى الصفة بل هى أصل بنفسها وكذلك المعدودات المتقاربة (وأما) المذروعات من الثوب والارض والخشب وغيرها فان سمى لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع منها على حدة بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع بعشرة دراهم فالبيع جائز لان المبيع وثمنه معلومان ثم ان وجده مثل ما سمى لزمه الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له وان وجده احد عشر ذراعا فالزيادة سالمة للمشترى وان وجده تسعة أذرع لا يطرح لاجل النقصان شيأ من الثمن وهو بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك فرق بينهما و بين المكيلات والموزونات التى ليس فى تنقيصها ضرر والعدديات المتقاربة (ووجه) الفرق ان زيادة الذرع فى الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الاصل لا الصفة والدليل على انها جارية مجرى الصفة ان وجودها يوجب جودة فى الباقى وفواتها يسلب صفة الجودة و يوجب الرداءة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداءة حكما والجودة والرداءة صفة والصفة ترد على الاصل دون الصفة الا أن الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة قائمة به فاذا زاد صار كأنه اشتراه رديئا فاذا هو جيد كما اذا اشترى عبداً على انه ليس بكاتب أوليس بخياط فوجده كاتبا أو خياطا أو اشترى عبدا على انه أعور فوجده سليم العينين أو اشترى جارية على انها ثيب فوجدها بكرا تسلم له ولا خيار للبائع كذا هذا واذا نقص صار كأنه اشتراه على انه جيد فوجده رديئا أو اشترى عبدا على انه كاتب أو خباز أو صحيح العينين فوجده غير كاتب ولا خباز ولا صحيح العينين أو اشترى جارية على انها بكر فوجدها ثيبا لا يطرح شيأ من الثمن لكن يثبت له الخيار كذا هذا بخلاف المكيلات والموزونات التى لا ضرر فيها اذا نقصت والمعدودات المتقاربة لان الزيادة فيها غير ملحقة بالاوصاف لانها أصل بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن الا أنها ألحقت بالصفة فى المذروعات ونحوها لان وجودها يوجب الجودة والكمال للباقى وفواتها يوجب النقصان والرداءة له وهذا المعنى ههنا منعدم فبقيت أصلا بنفسها حقيقة وان سمى لكل ذراع منها ثمنا على حدة بأن قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجده مثل ما سمى فالامر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم وان وجده احد عشر ذراعا فهو بالخيار ان شاء أخذ كله باحد عشر درهما وان شاء ترك وان وجده تسعة أذرع فهو بالخيار ان شاء طرح حصة النقصان درهما وأخذه بتسعة دراهم وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وهذا يشكل على الاصل الذى ذكرنا ان زيادة الذرع فى المذروعات تجرى مجرى الصفة لها لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فينبغى أن تكون الزيادة سالمة للمشترى ولا خيار له ولا يطرح لاجل النقصان شيأ كما فى الفصل الاول لان الثمن يقابل الاصل دون الصفة بمنزلة زيادة الجودة ونقصان الرداءة على ما ذكرنا وحل هذا الاشكال ان الذرع فى المذروعات انما يجرى مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حدة (فأما) اذا أفرد به فلا يجرى مجرى الصفة مطلقا بل يكون أصلا من وجه وصفة من وجه فمن حيث ان التبعيض فيها يوجب تعيب الباقى كانت الزيادة صفة بمنزلة صفة الجودة ومن حيث انه سمى لكل ذراع ثمنا على حدة كان كل ذراع معقودا عليه فكانت الزيادة أصلا من وجه صفة من وجه فمن حيث انها صفة كانت للمشترى لان الثمن يقابل الاصل

لا الصفة

لا الصفة وانما يدخل فى البيع تبعا على ما بينا ومن حيث انها أصل لا يسلم له الا بزيادة ثمن اعتبارا للجهتين جميعا بقدر الامكان فله الخيار فى اخذ الزيادة وتركها لانه لو لزمه الاخذ لا محالة يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهرا عند العقد واختل رضاه فوجب الخيار وفى النقصان ان شاء طرح قدر النقصان وأخذ الباقى اعتبارا لجهة الاصالة وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه وأوجب خللا فى الرضا وذا يوجب الخيار هـذا اذا كانت الزيادة والنقصان ذراعا تاما فأما اذا كانت دون ذراع لم يذكرهذا فى ظاهر الروايات وذكر فى غير رواية الاصول اختلاف أقاويل أصحابنا الثلاثة فى كيفية الخيار فيه فأبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فرقا بين الزيادة والنقصان غير ان أبا حنيفة جعل زيادة نصف ذراع بمنزلة زيادة ذراع كامل فقال ان شاء أخذه باحد عشر درهما وان شاء ترك وجعل نقصان نصف ذراع كلا نقصان لكن جعل له الخيار فقال ان شاء أخذه بعشرة دراهم وان شاء ترك ولا يطرح من الثمن شيأ لاجل النقصان ومحمد جعل على القلب من ذلك فجعل زيادة نصف ذراع كلا زيادة فقال يأخذ المشترى بجميع الثمن ولا خيار له وجعل نقصان نصف ذراع كنقصان ذراع كامل وقال ان شاء أخذ بتسعة دراهم وان شاء ترك (وأما) أبو يوسف رحمه الله فسوى بين الزيادة والنقصان فقال فى زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بعشرة دراهم ونصف وان شاء ترك وقال فى نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار ان شاء أخذه بتسعة دراهم ونصف وان شاء ترك والقياس ماقاله أبو يوسف وهو اعتبار الجزء بالكل الا أنهما كأنهما استحسنا لتعامل الناس فجعل أبو حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزلة ذراع تام ونقصان نصف ذراع كلا نقصان لان الناس فى العادات فى بياعاتهم وأشريتهم لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصانا بل يحسبونه ذراعا تاما فبنى الامر فى ذلك على تعامل الناس وجعل محمد الامر فى ذلك على القلب من ذلك لما أن الباعة يسامحون فى زيادة نصف على القدر المسمى فى البيع عادة ولا يعدونه زيادة فكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم عادة كأنه لم يزد وكذا يسامحون فيعدون نقصان نصف ذراع فى العادات نقصان ذراع كامل فتركنا القياس بتعامل الناس ويجوز أن يكون اختلاف جوابهما لاختلاف عادات الناس والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا جميع المذروعات من الارض والخشب وغيرهما انه ان لم يسم لكل ذراع ثمنا بأن قال بعت منك هـذه الارض على انها الف ذراع بألف درهم فالبيع جائز لما قلنا ثم ان وجدها مثل ماسمى فالامر ماض و يلزمه الارض كل ذراع بدرهم وان وجـدها أزيد فالزيادة سالمة له ولا خيار وان وجدها أنقص فهو بالخيار ان شاء أخـذها بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا ان زيادة الذرع فى الذرعيات جارية مجرى الصفات والثمن يقابل الاصل دون الصـفة وان سمى لكل ذراع ثمنا على حدة بأن قال كل ذراع بكذا فالبيع جائز لما ذكرنا ثم ان وجـدها مثل ماسمى فالامر ماض وان وجدها أزيد فهو بالخيار ان شاء أخذ الزيادة بثمنها وان شاء ترك لانه يلزمه زيادة ثمن لم يلتزمه لهذا العقد وان وجده أنقص تسقط حصته من الثمن وله الخيار لتفرق الصفقة على ماذكرنا فى الثوب وعلى هـذا الخشب وغيره من الذرعيات وعلى هذا الموزونات التى فى تبعيضها ضرر بأن قال بعت منك هذه السبيكة من الذهب على انها مثقال بكذا فالبيع جائز ثم ان وجد على ماسمى فالامر ماض وان وجده أزيد أو أنقص فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الذرعيات وعلى هذا اذا باع مصوغا من نحاس أو صفر أو ما أشبه ذلك على أن فيه كذا منا بكذا درهما فوجده أكثر أو أقل فهو على التفصيل الذى ذكرنا لان الوزن فى مثله يكون ملحقا بالصـفة بمنزلة الذرع فى الذرعيات لان تبعيضه يوجب تعييب الباقى وهذا احد الصفة فى هذا الباب ولو باع مصوغا من الفضـة على ان وزنه مائة بعشرة دنانير ولم يسم لكل عشرة ثمنا على حدة بان قال بعشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا فالبيع جائز ثم ان وجده على ماسمى فالامر ماض ولا خيار وان وجده أزيد بان كان مائتى درهم مثلا فالكل للمشـترى بعشرة دنانير ولا يزاد فى الثمن شئ لان الزيادة فيـه بمنزلة الصفة والصـفات المحضـة لا يقابلها الثمن وان وجـده تسعين أو ثمانين فهو بالخيار على ماذكرنا وان سمى لكل عشرة ثمنا على حدة بان قال بعت منك على ان وزنه مائة بعشرة دنانير كل

وزن عشرة بدينار وتقابضا فالبيع جائز ثم ان وجده على ماسمى فالامر ماض ولا خيار وان وجد وزنه أزيد بان كان مائة وخمسين نظر فى ذلك ان علم ذلك قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد فى الثمن خمسة دنانير وأخذ كله بخمسة عشر دينارا وان شاء ترك لان ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد وان علم بعد التفرق بطل البيع فى ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه وله الخيار فى الباقى ان شاء رضى به بعشرة دنانير وان شاء رد الكل واسترد الدنانير لان الشركة فى الاعيان عيب وان وجد وزنه خمسين وعلم ذلك قبل التفرق أو بعده فله الخيار ان شاء رده وان شاء رضى به واسترد من الثمن خمسة دنانير وكذلك لو باع مصوغا من ذهب بدراهم فهو على هذا التفصيل ولو باع مصوغا من الفضة بجنسها أو باع مصوغا من الذهب بجنسه مثل وزنه على ان وزنه مائة بمائة ثم وجده أزيد مما سمى فان علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار ان شاء زاد فى الثمن قدر وزن الزيادة وأخذ الكل وان شاء ترك لان المجلس له حكم حالة العقد وان علم بها بعد التفرق بطل البيع فى الزيادة لان التقابض شرط بقاء الصرف على الصحة ولم يوجد فى قدر الزيادة وان وجد أقل مما سمى فله الخيار ان شاء رضى بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن سواء سمى الجملة أو سمى لكل وزن درهم درهما لان عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع الا سواء بسواء فصار كانه سمى ذلك وان لم يسم حقيقة الا الجملة (وأما) العدديات المتفاوتة كالغنم والعبيد ونحوها بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة شاة بكذا فان وجده على ماسمى فالبيع جائز وان وجده أزيد فالبيع فاسد فى الكل سواء ذكر للكل ثمنا واحدا بان قال بعت منك هذا القطيع على انها مائة شاة بألف درهم أو ذكر لكل شاة فيها ثمنا على حدة بأن قال كل شاة بعشرة دراهم لان كل شاة أصل فى كونها معقودا عليها والزيادة لم تدخل تحت العقد لانه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهى مجهولة فكان الباقى مجهولا ضرورة جهالة الزيادة فيصير بائعا مائة شاة من مائة شاة وواحدة فكان المبيع مجهولا وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمى له ثمنا أو لم يسم وان وجده أقل مما سمى فان كان لم يسم لكل واحدة منها ثمنا فالبيع فاسد لان الثمن مجهول لانه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن المسمى وهو مجهول التفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن الباقى مجهولا ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة وان سمى لكل واحدة منها ثمنا على حدة فالبيع جائز بحصة الباقى منها لان حصته الزائدة معلومة وحصة الباقى معلوم فالفساد من أين من أصحابنا من قال هذا مذهبهما فاما عند أبى حنيفة عليه الرحمة فالبيع فاسد فى الكل بناء على أن المذهب عنده ان الصفقة اذا أضيفت الى مايحتمل العقد والى مالا يحتمله فالفساد يشيع فى الكل وأكثر أصحابنا على ان هذا بلا خلاف وهكذا ذكر فى الاصل ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان العقد المضاف الى موجود يجوز أن يفسد لمعنى يوجب الفساد ثم يتعدى الفساد الى غيره وأما المعدوم فلا يحتمل العقد أصلا لانه ليس بشئ فلا يوصف العقد المضاف اليه بالفساد ليتعدى الى غيره بل لم تصح الاضافة اليه فيبقى مضافا الى الموجود فيصح لكن للمشترى الخيار ان شاء أخذ الباقى بما سمى من الثمن وان شاء ترك لتفرق الصفقة عليه وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة ولو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها مائة كل شاتين منها بعشرين درهما فالبيع فاسد وان وجده على ماسمى لان ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول لانه لا يعرف حصة كل شاة منها من الثمن الا بعد ضم شاة أخرى اليها ولا يعلم اية شاة يضم اليها ليعلم حصتها الا انه ان ضم اليها ردأ منها كانت حصتها أكثر وان ضم اليها أجود منها كانت حصتها أقل لذلك فسد البيع والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة رحمه الله فيمن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من هذه الدار أو من هذا الحمام أو من هذه الارض ان البيع فاسد وقال أبو يوسف ومحمد جائز ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم جاز بالاجماع والكلام فيه يرجع الى معرفة معنى الذراع فقالا انه اسم فى العرف للسهم الشائع ولو باع عشرة أسهم من مائة سهم من هذه الاشياء جاز فكذا هذا وأبو حنيفة رحمه الله يقول الذراع فى الحقيقة اسم لما يذرع به وانما سمى المذروع ذراعا مجازا اطلاقا لاسم الفعل على المفعول فكان

بيع عشرة أذرع من دار معناه بيع قدر عشرة أذرع مما يحله الذراع الحقيقي لانه لا يحل الا محلا معينا فكان المبيع قدر عشرة أذرع معين من الدار وهو الذي يحله الذراع الحقيقي وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف السهم لانه اسم للشائع وهو جزء معلوم من الثلث والربع والعشر ونحو ذلك فبيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار هو بيع عشرة أجزاء من مائة جزء منها وهو عشرها فقد باع جزأ معلوما منها فيجوز بخلاف الذراع فان قدر عشرة أذرع لا يصير معلوما الا بالحلول على ما مر فقبله يكون مجهولا فكان المبيع مجهولا فلم يصح فوضح الفرق بينهما لابي حنيفة وعلى هذا يخرج ضربة الغائص وهو أن يقول الغائص للتاجر اغوص لك غوصة فما أخرجته فهو لك بكذا وهو فاسد لان المبيع مجهول وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربة الغائص وعلى هذا يخرج أجناس هذه المسائل وبيع رقبة الطريق وهبته منفردا جائز وبيع مسيل الماء وهبته منفردا فاسد (ووجه) الفرق ان الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوما فجاز بيعه بخلاف المسيل فانه مجهول القدر لان القدر الذي يشغل الماء من النهر غير معلوم فكان المبيع مجهولا فلم يجز (وأما) العلم باوصاف المبيع والثمن فهل هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة قال أصحابنا ليس بشرط الصحة والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط اللزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم وعند الشافعي رحمه الله كون المبيع معلوم الذات والصفة من شرائط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره المشتري عنده (وجه) قوله ان جهالة الذات انما منعت صحة العقد لافضائها الى المنازعة لان الاعيان تختلف رغبات الناس فيها لاختلاف ماليتها فالبائع اذا سلم عينا فمن الجائز أن يطلب المشتري عينا أخرى أجود منها باسم الاولى فيتنازعان وجهالة الوصف مفضية الى المنازعة أيضا لان الغائب عن المجلس اذا أحضره البائع فمن الجائز أن يقول المشتري هذا ليس عين المبيع بل مثله من جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الرؤية ولان عدم الرؤية يوجب تمكن الغرر في البيع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وبيان تمكن الغرر ان الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه أحدها في أصل المعقود عليه والثاني في وصفه لان دليل الوجود اذا كان غائبا هو الخبر وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردد المعقود عليه بأصله ووصفه بين الوجود والعدم والثالث في وجود التسليم وقت وجوبه لان وقت الوجوب وقت نقد الثمن وقد يتفق النقد وقد لا يتفق والغرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد فكيف من وجوه ثلاثة وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا تبع ما ليس عندك وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيها والخلاف في البيع والشراء خلاف واحد (ولنا) عمومات البيع من غير فصل ونص خاص وهو ما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولا خيار شرعا الا في بيع مشروع ولان ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محل هو خالص ملكه فيصح كشراء المرئي وهذا لان وجود التصرف حقيقة بوجود ركنه ووجوده شرعا لصدوره من أهله وحلوله في محله وقوله جهالة الوصف تفضي الى المنازعة ممنوع لانه صدقه في خبره حيث اشتراه فالظاهر انه لا يكذبه ودعوى الغرر ممنوعة فان الغرر هو الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وههنا ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه فلم يكن فيه غرر على انا ان سلمنا ان الغرر اسم لمطلق الخطر لكن لم قلتم ان كل غرر يفسد العقد وأما الحديث فيحتمل أن يكون الغرر هو الخطر ويحتمل أن يكون من الغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال أو نحمله على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط أو بالاضافة الى وقت عملا بالدلائل كلها وأما الحديث الثاني فيحتمل أن يكون المراد منه بيع ما ليس بمملوك له عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه أو بيع شئ مباح على أن يستولى عليه فيملكه فيسلمه وهذا يوافق ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال بيع السمك في الماء غرر وعلى هذا الخلاف اذا باع شيأ لم يره البائع انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز واذا جاز عندنا فهل يثبت الخيار للبائع فعن أبي حنيفة روايتان نذكر ذلك في موضعه ان شاء الله

تعالى وعلى هذا الخلاف شراء الاعمى و بيعه جائز عندنا وقال الشافعى اذا ولد أعمى لايجوز بيعه وشراؤه وان كان بصيراً فرأى الشئ ثم عمى فاشتراه جاز وما قاله مخالف للحديث والاجماع (اما) الاول فانه روى عن سيدنا عمر رضى الله عنه ان النبى عليه الصلاة والسلام حين قال لحبان بن منقد اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام وكان حبان ضريراً (وأما) الاجماع فان العميان فى كل زمان من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم بل بايعوا فى سائر الاعصار من غير انكار واذا جاز شراؤه و بيعه فله الخيار فيما اشترى ولا خيار له فيما باع فى أصح الروايتين كالبصير ثم بماذا يسقط خياره نذكره فى موضعه وعلى هذا الخلاف اذا اشترى شيأ مغيباً فى الارض كالجزر والبصل والفجل ونحوها انه يجوز عندنا وعنده لايجوز و يثبت له الخيار اذا قلعه وعنده لايجوز أصلا وأما بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فنقول العلم بالمبيع لايحصل الا بالاشارة اليه لان التعيين لايحصل الا بها الا اذا كان دينا كالمسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالثمن لايحصل الا بالتسمية والاشارة اليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف فى موضعه ان شاء الله تعالى غير ان المبيع ان كان أصلا لابد من الاشارة اليه بطريق الاصالة ليصير معلوماً وان كان تبعاً يصير معلوماً بالاشارة الى الاصل لان البيع كما لا يفرد بعلة على حدة لا يفرد بشرط على حدة اذ لو أفرد لانقلب أصلا وهذا قلب الحقيقة و بيان ذلك فى مسائل اذا باع جارية حاملا من غير مولاها أو بهيمة حاملا دخل الحمل فى البيع تبعاً للام كسائر أطرافها وان لم يسمه ولا أشار اليه. ولو باع عقاراً دخل ما فيها من البناء والشجر بنفس البيع ولا يدخل الزرع والثمر الا بقرينة وجملة الكلام فى بيع العقار ان المبيع لايخلو من أن يكون أرضاً أو كرماً أو داراً أو منزلا أو بيتاً وكل ذلك لايخلو اما ان لم يذكر فى بيعه الحقوق ولا المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها واما ان ذكر شيأ من ذلك فان كان المبيع أرضاً ولم يذكر شيأ من القرائن دخل ما فيها من الابنية والاشجار ولم يدخل الزرع والثمار عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله ثمار سائر الاشجار كذلك وكذلك ثمر النخل اذا أبر فاما اذا لم يؤبر يدخل واحتج بما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قيد عليه الصلاة والسلام ملك البائع فى الثمرة بوصف التأبير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن للتقييد فائدة (ولنا) ما روى عن محمد رحمه الله فى كتاب الشفعة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع جعل عليه الصلاة والسلام الثمرة للبائع مطلقا عن وصف وشرط فدل ان الحكم لايختلف بالتأبير وعدمه ولان النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما عداه الا بقرينة زائدة ولهذا لم يدخل ثمار سائر الاشجار ولا حجة له فيما روى لان تقييد الحكم بوصف لايدل على أن الحكم فى غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتا موقوفا على قيام الدليل وقد قام وهو ما روينا ولا يحمل المطلق على المقيد عندنا لما فيه من ضرب النصوص بعضها فى بعض وهذا لايجوز لما عرف فى أصول الفقه وكذلك ان كان كرما يدخل فى بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوائط من غير ذكر قرينة ولا تدخل الفواكه والبقول والاصل ان كل ما ركب فى الارض يدخل وما لم يركب فيها أو ركب لا للبقاء بل لوقت معلوم لا يدخل وكذا يدخل الطريق الى الطريق الاعظم والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وان ذكر شيأ من القرائن فان ذكر الحقوق أو المرافق دخل فيها الشرب ومسيل الماء والطريق الخاص الذى يكون فى ملك انسان وهو حق المرور فى ملكه ولا يدخل الزرع والثمر لانها أعيان قائمة بنفسها فلا يتناولها اسم الحقوق والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فانها عبارة عن حق الشرب والسقى والتسييل والمرور فيتناولها الاسم وان ذكر القليل والكثير بان قال بعتها منك بكل قليل وكثير هو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والثمر ينظر ان قال فى آخره من حقوقها فلا يدخلان لان قوله من حقوقها خرج تفسيرا لاول الكلام فكانه نص على البيع بحقوقها وان لم يقل فى آخره من حقوقها دخل فيه الزرع والثمر وكل ما كان متصلا به لان اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك وأما المنفصل عنها كالثمار المجذوذة والزرع المحصود والحطب

والللبن

واللبن والقصب الموضوع فلا يدخل فى البيع الا بالتسمية فرق بين البيع والاجارة ان الشرب والمسيل والطريق
الخاص فى ملك انسان يدخل فى الاجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفى البيع لا يدخل بدونه والقياس ان
لا يدخل فى البابين جميعا الا بالتسمية الا أنهم استحسنوا فى الاجارة لانها تعقد للانتفاع بالمستأجر ولا يمكن الانتفاع
به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستأجر دلالة بخلاف البيع فانه يعقد للملك والانتفاع ليس من
ضرورات الملك فانه يثبت الملك فيما لا ينتفع به وكذا فرق بين البيع والرهن فان من رهن عند رجل أرضا فيها زرع
وأشجار عليها ثمار وسلمها اليه أنه يدخل فى الرهن كل ما كان متصلا بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير
(و وجه) الفرق ان تمييز الرهن من غيره شرط صحة الرهن على ما نذكر فى كتابه فمتى أقدما على عقد الرهن فقد قصدا
صحته ولا صحة له الا بدخول ما كان متصلا بالمرهون فدخل فيه تصحيحا للتصرف اذ لا صحة له بدونه بخلاف البيع
فان تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة البيع فلا ضرورة فى الدخول بغير التسمية فلا يدخل بدونها هذا اذا كان
المبيع أرضا أو كرما فان كان دارا يدخل فى بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو وسفل و جميع ما تجمعه الحدود
الاربعة من غير ذكر قرينة وتدخل أغاليق الدار ومفاتيح أغاليقها أما الاغاليق فلانها ركبت للبقاء لا لوقت معلوم
فتدخل كالميزاب وأما المفاتيح فلان مفتاح الغلق من الغلق ألا ترى انه لو اشترى الغلق دخل المفتاح فيه من غير
تسمية فيدخل فى البيع بدخول الغلق و يدخل طريقها الى طريق العامة وطريقها الى سكة غير نافذة كما يدخل فى
الارض والكرم و يدخل الكنيف والشارع والجناح كل ذلك يدخل من غير قرينة وهل تدخل الظلة ينظر ان لم
يكن مفتحها الى الدار لا تدخل بالاتفاق وان كان مفتحها الى الدار لا تدخل أيضا عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى
يوسف ومحمد رحمهما الله تدخل (وجه) قولهما أن الظلة اذا كانت مفتحها الى الدار كانت من أجزاء الدار فتدخل
ببيع الدار كالجناح والكنيف ولابى حنيفة ان ظلة الدار خارجة عن حدودها فانها اسم لما يظل عند باب الدار
خارجا منها فلا تدخل تحت بيع الدار كالطريق الخارج و بهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث
وأما ما كان لها من بستان فينظر ان كان داخل حد الدار يدخل وان كان يلى الدار لا يدخل من غير تسمية وقال
بعضهم ان كانت الدار صغيرة يدخل وان كانت كبيرة لا يدخل لانها اذا كانت صغيرة يمكن أن يجعل تبعا للدار واذا
كانت كبيرة لا يمكن وقال بعضهم يحكم الثمن فان صلح لهما يدخل والا فلا يدخل وأما مسيل الماء والطريق الخاص فى
ملك انسان وحق القاء الثلج فان ذكر الحقوق والمرافق يدخل وكذا ان ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها سواء ذكر فى
آخره من حقوقها أو لم يذكر وتدخل الظلة أيضا بلا خلاف اذا كان مفتحها الى الدار واذا كان المبيع بيتا فيدخل فى
بيعه حوائطه وسقفه و بابه والطريق الى الطريق العامة والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وأما الطريق
الخاص فى ملك انسان فلا يدخل الا بذكر أحد القرائن الثلاث ولا يدخل بيت العلو وان كان على علوه بيت وان ذكر
القرائن لان العلو بيت مثله فكان أصلا بنفسه فلا يكون تبعا له وان لم يكن على علوه بيت كان له أن يبنى على علوه
وان كان البيت فى داره فباعه من رجل لا يدخل فى البيع طريقه فى الدار الا بذكر الحقوق ثم ان كان البيت يلى
الطريق الاعظم يفتح له بابا اليه وان كان لا يلى الطريق الاعظم لا يبطل البيع وله أن يستأجر الطريق اليه أو يستعير
من صاحب الدار فرق بين هذا و بين القسمة اذا أصاب أحد الشريكين فى الدار بيت أو منزل أو ناحية منها بغير
طريق انه ينظر ان أمكنه فتح الباب الى الطريق ليس له أن يتطرق فى نصيب شريكه سواء ذكروا فى القسمة
الحقوق والمرافق أو لا وكذا اذا كان مسيل مائه فى نصيب شريكه قبل القسمة انقطع ذلك الحق ان أمكنه تسييل
فى نصيب نفسه ليس له أن يسيل فى نصيب شريكه وان لم يمكنه تسييل الماء ولا فتح الباب فى نصيب نفسه و يمكنه
ذلك فى نصيب شريكه فانه ينظر ان ذكروا فى القسمة الحقوق أو المرافق فالطريق والمسيل يدخلان فى القسمة ولا
تبطل القسمة وان لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل القسمة (و وجه) الفرق أن القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها

فاذا أدت الى تفويتها بطلت والبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا ويجوز بيع بيت العلو دون السفل اذا كان على العلو بناء وان لم يكن عليه بناء لا يجوز لانه بيع الهواء على الانفراد وانه لا يجوز ثم اذا باع العلو وعليه بناء حتى جاز البيع فطريقه فى الدار لا يدخل الطريق الا بذكر الحقوق ويجوز بيع السفل سواء كان مبنيا أو غير مبنى لانه بيع الساحة وذلك جائز وان لم يكن عليه بناء وان كان المبيع منزلا يدخل فى بيعه بيت السفل ولا يدخل بيت العلو ولا الطريق الخاص الا بذكر الحقوق أو المرافق أو بذكر القليل والكثير لان المنزل أعم من البيت وأخص من الدار فكان بين الدار والبيت فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل العلو فى بيع المنزل من غير قرينة اعتبارا للخصوص ويدخل فيه بقرينة اعتبارا للعموم عملا بالجهتين بقدر الامكان والله سبحانه وتعالى أعلم ثم اذا لم تدخل الثمرة بنفس البيع يجبر البائع على قطعها من الشجرة وليس له أن يتركها على الشجرة الى وقت الادراك وكذا الزرع عندنا وعند الشافعى لا يجبرونه أن يترك الثمرة على الشجرة الى وقت الادراك ويترك الزرع الى أن يستحصد (وجه) قوله ان الجبر على القطع والقلع لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لانه لا يقطع ولا يقلع الا بعد الادراك عادة فلا يجب عليه التسليم قبله كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد أنه لا يجبر على القلع بل يترك الى أن يستحصد (ولنا) ان البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم فالقول بتأخير التسليم يغير مقتضى العقد وقوله العادة ان الثمرة تترك على الشجرة الى وقت الادراك قلنا العادة هذا قبل البيع أما بعده فممنوع بل تقطع بعده ولا تترك لان ملك المشترى مشغول بملك البائع فلا بد من ازالة الشغل وذلك بقطع الثمرة هكذا نقول فى مسئلة الاجارة انه يجب تسليم الارض عند انتهاء المدة وانما تترك باجارة جديدة بأجرة أخرى وهذا حجة عليه لانه لو ترك بالعقد الاول لما وجبت أجرة أخرى وسواء أبر أو لم يؤبر بان كان المبيع نخلا بعد ان ظهرت الثمرة من الشجر وبانت منه ليس له أن يتركها على شجرة المشترى الا برضاه لما قلنا ولو تركها على الشجرة الى أن أدركت فان كان الترك باذن المشترى طاب له الفضل وان كان بغير اذن المشترى ينظر ان كان قد تناهى عظمها يطيب له الفضل أيضا لانها لا تزداد بعد ذلك بل تنتقص وان كان صغارا لم يتناه عظمها لا يطيب له الفضل لانه تولد من أصل مملوك لغيره ولو استأجر البائع الشجرة ليترك الثمر عليها الى وقت الجذاذ لم تجز هذه الاجارة لان جواز الاجارة مع ان القياس يأباها لكونها بيع المعدوم لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا استئجار الاشجار لتجفيف الثياب وتجفيف اللحم لكن لو فعل يطيب له الفضل لانه ترك باذن المشترى وهذا بخلاف الاجارة اذا انقضت مدتها والزرع بقل لم يستحصد بعد ان يترك فيه الى وقت الحصاد بالاجرة لان الترك بالاجرة هناك مما جرى به التعامل فكان جائزا هذا اذا لم يسم الثمرة فى بيع الشجر فأما اذا سمى دخل الثمر مع الشجر فى البيع وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليها يوم العقد لانه لما سماها فقد صارت مبيعا مقصودا لورود فعل البيع عليه حتى لو هلك الثمن قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل البائع تسقط حصته من الثمن عن المشترى كما لو هلك الشجر قبل القبض والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الشجر بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة تفرقت عليه ولو جذه البائع والمجذوذ قائم بعينه ينظر ان جذه فى حينه ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشترى ويقبضهما بجميع الثمن ولو قبضهما بعد جذاذ البائع ثم وجد بأحدهما عيبا له ان يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصارا كأنهما كانا متفرقين وقت العقد بخلاف ما اذا جذه المشترى بعد القبض ثم وجد بأحدهما عيبا أنه ليس له أن يرد المعيب خاصة بل يردهما جميعا أو يمسكهما لانهما كانا مجتمعين عند البيع وعند القبض جميعا فافراد أحدهما بالرد يكون تفريق الصفقة بعد وقوعها مجتمعة وهذا لا يجوز هذا اذا لم ينقصه الجذاذ بأن جذه البائع فى حينه وأوانه فأما اذا نقصه بأن جذه فى غير حينه تسقط عن المشترى حصة النقصان لانه لما نقصه الجذاذ فقد أتلف بعض المبيع قبل القبض فتسقط عن المشترى حصته من الثمن وله الخيار فى الباقى لتفرق الصفقة عليه واذا قبضهما المشترى بعد جذاذ البائع ثم

وجد باحدهما عيباً له أن يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان فصارا كانهما كانا متفرقين عند العقد وعلى هذا يخرج ماذا اشترى شجرة أنه هل يدخل فى شرائها أصلها وعروقها وأرضها فجملة الكلام فيه أن هذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) ان اشتراها بغير أرضها للقلع (واما) ان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع (واما) ان اشتراها ولم يذكر شيأ فان اشتراها بغير أرضها للقلع دخل فيها أصلها ويجبر المشترى على القلع وله أن يقلعها بأصلها لكن قلعاً معتاداً متعارفاً وليس له أن يحفر الارض الى ما يتناهى اليه العروق لان المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط الا اذا شرط البائع القطع على وجه الارض فلا يدخل فيه أصلها أو لم يشترط لكن فى القطع من أصلها ضرر بالبائع بأن كان بقرب حائطه أو على حافة نهره فيخاف الخلل على الحائط أو الشق فى النهر فقطعها على وجه الارض دون أصلها لان الضرر لا يستحق بالعقد فان قلع أو قطع ثم نبت من أصلها أو عروقها شجرة أخرى فهى للبائع لا للمشترى لانه رضى أن يكون المبيع القدر المقطوع فيكون الباقى للبائع الا اذا قطع من أعلى الشجرة فالنابت يكون للمشترى لانه نماء ملكه وان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع فيدخل فيها أرضها ولا يجبر على القلع لانه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البائع مشغولا به فلا يملك اجباره على القلع وله أن يغرس مكانها أخرى لانه يغرس فى ملك نفسه (وأما) اذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك لم يذكر هذا فى ظاهر الرواية وذكر فى غير رواية الاصول اختلافا بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فقال على قول أبى يوسف لا تدخل الارض فى البيع وعلى قول محمد تدخل (وجه) قول محمد ان المسمى فى البيع هو الشجرة وهى اسم للقائم على أرضها بعروقها فاما بعد القلع فهى خشب لا شجر فلا بد وأن تدخل الارض فيه ولهذا دخلت فى الاقرار بالاجماع بأن أقر لرجل بشجر فى أرضه حتى كانت الشجرة مع أرضها للمقر له كذا هذا ولابى يوسف ان الارض أصل والشجرة تابعة لها ألا ترى انها تدخل فى بيع الارض من غير شرط تبعاً للارض فلو دخلت فى بيع الشجرة لاستتبع التبع الاصل وهذا قلب الحقيقة وانما دخلت فى الاقرار بالشجرة لان الاقرار اخبار عن كائن فلا بد من كون سابق على الاقرار وهو قيامها فى الارض التى هى قرارها وذلك دليل كون الارض للمقر له بسبب سابق فكان الاقرار بكون الشجرة له اقراراً بكون الارض له أيضاً ومثل هذه الدلالة لم توجد فى البيع فلا يدخل والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى صدفة فوجد فيها لؤلؤة فهى للمشترى لانها تتولد من الصدفة بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة فكانت بمنزلة أجزائها فتدخل فى بيعها كما تدخل البيضة فى بيع الدجاجة وكذلك اذا اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة لان السمك يأكل الصدفة فصار كما لو اشترى سمكة فوجد فيها سمكة أخرى ان الثانية تكون له ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لؤلؤة فهى للبائع لان اللؤلؤ لا يتولد من الدجاج ولا هو من علفها فلا يدخل فى بيعها وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان كل شئ يوجد فى حوصلة الطيران كان مما يأكله الطير فهو للمشترى لانه يكون بمنزلة العلف له وان كان مما لا يأكله الطير فهو للبائع وعلى هذا يخرج ما اذا باع رقيقاً وله مال ان ماله لا يدخل فى البيع ويكون للبائع الا ان يشترطه المبتاع لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال من باع عبداً وله مال فماله للبائع الا أن يشترط المبتاع وهذا نص فى الباب ولان العبد ومافى يده لمولاه لانه مملوك لا يقدر على شئ والمولى ما باع مافى يد العبد لان الداخل تحت البيع هو العبد فلا يدخل فى بيعه ماليس منه والقياس أن لا تدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار فى بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا فى ثياب البذلة والمهنة وهى التى يلبسها فى اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم وأما الثياب النفيسة التى لا يلبسها الا وقت العرض للبيع فلا تدخل فى البيع لانعدام التعارف فى ذلك فبقى على أصل القياس وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم فى كل بلد فيبنى الامر فيه على ذلك وكذا لو أعتق عبده على مال فماله لمولاه لما قلنا وكذا لو أعتق مدبره أو أم ولده لانه مرقوق مملوك فلا يكون له مال ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لانه كسب القن وما اكتسب بعد الكتابة يكون له لانه كسب المكاتب ولانه حر يداً فكان كسبه له والله سبحانه وتعالى أعلم

(ومنها) أن يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البائع فان لم يمكن تسليمه الا بضرر يلزمه فالبيع فاسد لان الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلزم بالتزام العاقد الا ضرر تسليم المعقود عليه فاما ماوراءه فلا وعلى هذا يخرج ما اذا باع جذعاله فى سقف أو آجراله فى حائط أو ذراعا فى ديباج أو كرباس أنه لا يجوز لانه لا يمكنه تسليمه الا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبائع والضرر غير مستحق بالعقد فكان هذا على هذا التقدير بيع مالا يجب تسليمه شرعا فيكون فاسدا فان نزعه البائع أو قطعه وسلمه الى المشترى قبل أن يفسخ المشترى البيع جاز البيع حتى يجبر المشترى على الاخذ لان المانع من الجواز ضرر البائع بالتسليم فاذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع ولزم فرق بين هذا وبين بيع الالية فى الشاة الحية والنوى فى التمر والزيت فى الزيتون والدقيق فى الحنطة والبزر فى البطيخ ونحوها أنه لا ينعقد أصلا حتى لو سلم لم يجز وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم والاصل المحفوظ ان مالا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت باصل الخلقة فبيعه باطل ومالا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد الا ان يقطع باختياره ويسلم فيجوز والقياس على هذا الاصل ان يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجز الا انهم استحسنوا عدم الجواز للنص وهو ماروى عن عبد الله بن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الجز من أصله لا يخلو عن الاضرار بالحيوان وموضع الجز فيما فوق ذلك غير معلوم فتجرى فيه المنازعة فلا يجوز ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لا يتخلص الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم وعلى هذا بناء بين رجلين والارض لغيرهما فباع أحدهما نصيبه من البناء لغير شريكه لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو نقض البناء وكذا زرع بين رجلين أو ثمار بينهما فى أرض لهما حق الترك فيها الى وقت الادراك فباع أحدهما نصيبه قبل الادراك لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر صاحبه لانه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز لانعدام الضرر وكذا اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد الادراك جاز لانعدام الضرر دار أو أرض بين رجلين مشاع غير مقسوم فباع أحدهما بيتا منها بعينه قبل القسمة أو باع قطعة من الارض بعينها قبل القسمة لم يجز لا فى نصيبه ولا فى نصيب صاحبه أما فى نصيبه خاصة فظاهر وأما فى نصيب صاحبه فلان فيه اضرارا بصاحبه باحداث زيادة شركة ولو باع جميع نصيبه من الدار والارض جاز لانه لم يحدث زيادة شركة وانما قام المشترى مقام البائع ولو باع اللؤلؤة فى الصدفة ذكر الكرخى رحمه الله انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمها الا بشق الصدفة وانه ضرر فيما وراء المعقود فصار كبيع الجذع فى السقف وروى عن أبى يوسف انه يجوز لانه لا يتضرر بشق الصدفة لان الصدف لا ينتفع به الا بالشق ولو باع قفيزا من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة جاز لانه لا يتضرر بالفصل والتمييز وكذا لو باع القوائم على رؤس الاشجار أو باع الثمار على رؤس الاشجار بشرط القطع أو مطلقا جاز لما قلنا وكذا لو باع بناء الدار دون العرصة أو الاشجار القائمة على الارض دون الارض أو الزرع أو البقول القائمة قبل الجذاذ انه يجوز لانه يمكنه تسليم هذه الاشياء من غير ضرر والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن الشروط الفاسدة وهى أنواع منها شرط فى وجوده غرر نحو ما اذا اشترى ناقة على انها حامل لان المشروط لا يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لان عظم البطن والتحرك يحتمل أن يكون لعارض داء أو غيره فكان فى وجوده غرر فيوجب فساد البيع لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع وغرر والمنهى عنه فاسد وروى الحسن بن زياد عن أبى حنيفة رضى الله عنهما ان البيع بهذا الشرط جائز لان كونها حاملا بمنزلة شرط كون العبد كاتبا أو خياطا ونحو ذلك وذا جائز فكذا هذا ولو اشترى جارية على انها حامل الا رواية فيه عن أصحابنا واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز البيع قياسا على البهائم واليه أشار محمد رحمه الله فى البيوع فانه قال لو باع وتبرأ من حملها جاز البيع وليس هذا كالشرط وظاهر قوله وليس هذا كالشرط يشير الى ان شرط الخيار فيه مفسد وقال بعضهم يجوز لان الحبل فى الجوارى عيب بدليل أنه لو اشترى

جارية فوجدها حاملا له أن يردها فكان ذكر الحبل في الجواري ابراء عن هذا العيب بخلاف البهائم لان الحبل فيها زيادة الا ترى أنه لو اشترى بهيمة فوجدها حاملا ليس له حق الرد فكان ذكر الحبل فيها شرطا في وجوده غرر فيفسد البيع وبعضهم فصل فيه تفصيلا فقال ان اشتراها ليتخذها ظئرا فالبيع فاسد لانه شرط زيادة في وجودها خطر وهي مجهولة أيضا فاشبه اشتراط الحبل في بيع الناقة وان لم يرد بالشراء ذلك جاز البيع لان ذكره يكون ابراء عن هذا العيب على ما بينا ولو اشترى ناقة وهي حامل على أنها تضع حملها الى شهر أو شهرين فالبيع فاسد لان في وجود هذا الشرط غررا وكذا لو اشترى بقرة على أنها تحلب كذا كذا رطلا لما قلنا ولو اشترى بقرة على أنها حلوبة لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وروى الحسن في المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز وهو قياس روايته في شرط الحبل (ووجهه) ان شرط كونها حلوبة شرط زيادة صفة فاشبه شرط الطبخ والخبز في الجواري وروى ابن سماعة في نوادره عن محمد رحمهما الله أنه لا يجوز وهو اختيار الكرخي رحمه الله (ووجهه) أن هذا شرط زيادة فيجري في وجودها غرر وهو مجهول وهو اللبن فلا يصلح شرطا في البيع وكونها حلوبة ان كان صفة لها لكنها لا توصف به الا بوجود اللبن وفي وجوده غرر وجهالة على ما ذكرنا فيوجب فساد البيع ولو اشترى بقرة على أنها لبون ذكر الطحاوي أن هذا الشرط لا يفسد البيع والجواب فيه كالجواب في الحلوبة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى قمرية على أنها تصوت أو طيرا على أنه يجيء من مكان بعيد أو كبشا على أنه نطاح أو ديكا على أنه مقاتل فالبيع فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله وهو احدى الروايتين عن محمد رحمه الله لانه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لانه لا يحتمل الجبر عليه فصار كشرط الحبل ولان هذه صفات يتلهى بها عادة والتلهي محظور فكان هذا شرطا محظورا فيوجب فساد البيع وروى عن محمد رحمه الله أنه اذا باع قمرية على أنها تصوت فاذا صوتت جاز البيع لانها لما صوتت علم أنها مصوتة فلم يتحقق غرر العدم وعلى هذه الرواية قالوا في المحرم اذا قتل قمرية مصوتة أنه يضمن قيمتها مصوتة ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لان التغنية صفة محظورة لكونها لهوا فشرطها في البيع يوجب فساده ولو اشترى جارية على أنها مغنية على وجه اظهار العيب جاز البيع لان هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر فان وجدها لا تغني لا خيار له لان الغناء في الجواري عيب فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما ولو اشترى كلبا أو فهدا على أنه معلم قال أبو يوسف يجوز البيع وهو احدى الروايتين عن محمد لان هذا شرط يمكن الوقوف عليه بان يأخذ المتصيد فيمسكه على صاحبه وذا ليس بشرط محظور لان تعليم الكلب والاصطياد به مباح فاشبه شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية وروى عن محمد أن البيع فاسد لانه شرط فيه غرر اذ لا يمكن الوقوف عليه الا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن ولو اشترى برذونا على أنه هملاج فالبيع جائز لانه شرط يمكن الوقوف عليه بالتسيير فلم يكن في وجوده غرر ولا خطر أيضا وان شئت أفردت لجنس هذه المسائل شرطا على حدة وخرجتها اليه فقلت ومنها أن لا يكون المشروط محظورا فافهم (ومنها) شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري أو للمبيع ان كان من بني آدم كالرقيق وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما اذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهرا ثم يسلمها اليه أو أرضا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهرا أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعا أو على أن يقرضه المشتري قرضا أو على أن يهب له هبة أو يزوج ابنته منه أو يبيع منه كذا ونحو ذلك أو اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قميصا أو حنطة على أن يطحنها أو ثمرة على أن يجذها أو ربطة قائمة على الارض على أن يجذها أو شيأ له حمل ومؤنة على أن يحمله البائع الى منزله ونحو ذلك فالبيع في هذا كله فاسد لان زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لانها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا والبيع الذي فيه الربا فاسد أو فيه شبهة الربا وانها مفسدة للبيع كحقيقة الربا على ما نقرره ان شاء الله تعالى وكذا لو باع جارية على أن يدبرها المشتري أو على أن يستولدها فالبيع فاسد لانه شرط فيه منفعة للمبيع وأنه مفسد وكذا لو باعها بشرط أن يعتقها

المشترى فالبيع فاسد فى ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أنه جائز وبه أخذ الشافعى رحمه الله (ووجه) هذه الرواية أن شرط الاعتاق مما يلائم العقد لان الاعتاق انهاء الملك وانهاء الملك تقرير له فكان ملائما والدليل على أن الاعتاق انهاء للملك أن البيع ثبت مقتضى الامر بالاعتاق فى قول الرجل أعتق عبدك عنى على ألف درهم فاعتق حتى يقع العتق عن الآمر ولا عتق الا بالملك ولا ملك الا بالتمليك فلو كان الاعتاق ازالة الملك لما تصور وجود الاعتاق مقتضاه لانه ضده والشئ لا يقتضى ضده واذا كان انهاء الملك كان تقريراله فكان ملائما للعقد فلا يوجب فساده ولظاهر الرواية وجهان أحدهما يعم الكل والثانى يخص أبا حنيفة عليه الرحمة أما الاول فهو ان شرط العتق شرط لا يلائم العقد لان العقد يقتضى الملك والملك يقتضى اطلاق التصرف فى المملوك تحصيلا وتركا وشرط الاعتاق يقتضى الاستحقاق واللزوم لا محالة فلا يلائمه بل يضاده وأما الثانى فلان هذا الشرط يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه وهذا يوجب الفساد على ما نذكر تقريره ثم اذا باع بهذا الشرط فاعتقه المشترى انقلب العقد جائزا بالاعتاق عند أبى حنيفة استحسانا حتى يجب على المشترى الثمن سواء اعتقه بعد القبض أو قبله هكذا روى ابن شجاع عن أبى حنيفة رحمهما الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا ينقلب جائزا حتى تلزمه قيمة الجارية وهو القياس وهكذا روى أبو يوسف عن أبى حنيفة رحمه الله (ووجهه) ظاهر لان البيع وقع فاسدا من حين وجوده وبالاعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لانه انهاء للملك وأنه تقرير فيوجب تقرر الفساد للفاسد والفاسد يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن ولهذا لو هلك العبد فى يده قبل الاعتاق تلزمه القيمة وكذا لو باعه من رجل أو وهبه فعليه قيمته كذا ههنا ولابى حنيفة رحمه الله ما ذكرنا أن شرط الاعتاق يلائم العقد من وجه ولا يلائمه من وجه لانه انهاء من وجه وازالة من وجه فمن حيث انه انهاء كان يلائمه لانه تقرير لكن من حيث انه ازالة لا يلائمه لانه تغيير موجب العقد فيجب العمل بالشبهين فعملنا بشبه الازالة فقلنا بفساد العقد فى الابتداء وعملنا بشبه الانهاء فقلنا بجوازه فى الانتهاء عملا بالشبهين بقدر الامكان فان قيل الا يعمل بهما على القلب مما قلتم قيل لانه لا يمكن لانا لم نجد جائزا انقلب فاسدا فى أصول الشريعة ووجدنا فاسدا انقلب جائزا كما فى بيع الرقم ونحوه بخلاف ما اذا باع أو وهب لان ذلك ليس انهاء الملك وبخلاف ما اذا باع بشرط التدبير أو الاستيلاد فدبرها المشترى أو استولدها أن البيع لا ينقلب الى الجواز لان التدبير والاستيلاد لا يوجبان انهاء الملك بيقين لاحتمال قضاء القاضى بجواز بيع المدبر وبجواز بيع أم الولد فى الجملة فكان ذلك شرطا لا يلائم العقد أصلا فاوجب لزوم الفساد وكذا لو باع عبدا أو جارية بشرط أن لا يبيعه وأن لا يهبه وأن لا يخرجه عن ملكه فالبيع فاسد لان هذا شرط ينتفع به العبد والجارية بالصيانة عن تداول الايدى فيكون مفسدا للبيع (وأما) فيما سوى الرقيق اذا باع ثوبا على أن لا يبيعه المشترى أو لا يهبه أو دابة على أن لا يبيعها أو يهبها أو طعاما على ان يأكله ولا يبيعه ذكر فى المزارعة ما يدل على جواز البيع فانه قال لو شرط أحد المزارعين فى المزارعة على أن لا يبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل وهكذا روى الحسن فى المجرد عن أبى حنيفة رحمه الله وفى الاملاء عن أبى يوسف أن البيع بهذا الشرط فاسد (ووجهه) أنه شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا جرى به التعارف بين الناس فيكون مفسدا كما فى سائر الشرائط المفسدة والصحيح ما ذكر فى المزارعة لان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يوجب الفساد وهذا لان فساد البيع فى مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة فى العقد لا يقابلها عوض ولم يوجد فى هذا الشرط لانه لا منفعة فيه لاحد الا أنه شرط فاسد فى نفسه لكنه لا يؤثر فى العقد فالعقد جائز والشرط باطل ولو باع ثوبا على أن يحرقه المشترى أو دارا على أن يخربها فالبيع جائز والشرط باطل لان شرط المضرة لا يؤثر فى البيع على ما ذكرنا ولو باع جارية على أن لا يطأها المشترى ذكر ذلك فى الاختلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله اختلافا ولم يذكر قول أبى حنيفة عليه الرحمة فقال البيع فاسد والشرط باطل عند أبى يوسف وعند محمد البيع جائز والشرط باطل ولو باع بشرط أن

يطأها جاز البيع والشرط فى قولهم جميعا وروى عن أبى حنيفة رحمه الله أن البيع فاسد فى الموضعين جميعا (وجه) قول محمد أن هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يؤثر فى فساد البيع كما لو باع ماسوى الرقيق على أن لا يبيع أو لا يهب الا أنه نوع مضرة للمشترى فكان باطلا والبيع صحيحاً (وجه) قول أبى يوسف ان هذا شرط يخالف مقتضى العقد لان حل الوطء أمر يقتضيه العقد وهذا الشرط ينفيه بخلاف ما اذا باع بشرط أن يطأها لان ذلك شرط يقرر مقتضى العقد لان اباحة الوطء مما يقتضيه العقد ولابى حنيفة رحمه الله على ما روى عنه أن شرط الوطء مما لا يقتضيه العقد أيضاً بل ينفيه لان البيع يقتضى الحل لا الاستحقاق وقضية الشرط الاستحقاق واللزوم وهما مما لا يقتضيه العقد بل ينفيه (وأما) الشرط الذى يقتضيه العقد فلا يوجب فساده كما اذا اشترى بشرط أن يتملك المبيع أو باع بشرط أن يتملك الثمن أو باع بشرط أن يحبس المبيع أو اشترى على أن يسلم المبيع أو اشترى جارية على أن تخدمه أو دابة على أن يركبها أو ثوبا على أن يلبسه أو حنطة فى سنبلها وشرط الحصاد على البائع ونحو ذلك فالبيع جائز لان البيع يقتضى هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها فى معرض الشرط تقريراً لمقتضى العقد فلا توجب فساد العقد ولو اشترى شيأ بشرط أن يوفيه فى منزله فهذا لا يخلو اما أن يكون المشترى والبائع بمنزلهما فى المصر واما أن يكون أحدهما فى المصر والآخر خارج المصر فان كان كلاهما فى المصر فالبيع بهذا الشرط جائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا الا اذا كان فى تصحيح هذا الشرط تحقيق الربا كما اذا تبايعا حنطة بحنطة وشرط أحدهما على صاحبه الايفاء فى منزله وعند محمد البيع بهذا الشرط فاسد وهو القياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشترى فأشبه ما اذا اشترى بشرط الحمل الى منزله أو بشرط الايفاء فى منزله وأحدهما فى المصر والآخر خارج المصر (ولهما) ان الناس تعاملوا البيع بهذا الشرط اذا كان المشترى فى المصر فتركنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل فيما اذا لم يكونا فى المصر ولا فى شرط الحمل الى المنزل فعملنا بالقياس فيه وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد أيضاً لانه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد اياه على ما نذكر ان شاء الله تعالى فيلحق بالشرط الذى هو من مقتضيات العقد وذلك نحو ما اذا باع على أن يعطيه المشترى بالثمن رهناً أو كفيلا والرهن معلوم والكفيل حاضر فقبل وجملة الكلام فى البيع بشرط اعطاء الرهن ان الرهن لا يخلو اما أن يكون معلوما أو مجهولا فان كان معلوما فالبيع جائز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الشرط الذى يخالف مقتضى العقد مفسد فى الاصل وشرط الرهن والكفالة مما يخالف مقتضى العقد فكان مفسداً الا انا استحسنا الجواز لان هذا الشرط لو كان مخالفاً مقتضى العقد صورة فهو موافق له معنى لان الرهن بالثمن شرع توثيقاً للثمن وكذا الكفالة فان حق البائع يتأكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقرراً لمقتضى العقد معنى فأشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وانه لا يوجب فساد العقد فكذا هذا ولو قبل المشترى المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن لا يجبر على التسليم عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يجبر عليه (وجه) قوله ان الرهن اذا شرط فى البيع فقد صار حقاً من حقوقه والجبر على التسليم من حقوق البيع فيجبر عليه (ولنا) ان الرهن عقد تبرع فى الاصل واشتراطه فى البيع لا يخرجه عن أن يكون تبرعا والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا يجبر عليه ولكن يقال له اما أن تدفع الرهن أو قيمته أو تؤدى الثمن أو يفسخ البائع البيع لان البائع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه الا بوثيقة الرهن أو بقيمته لان قيمته تقوم مقامه ولان الدين يستوفى من مالية الرهن وهى قيمته واذا أدى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ ولو امتنع المشترى من هذه الوجوه فللبائع أن يفسخ البيع لفوات الشرط والغرض وان كان الرهن مجهولا فالبيع فاسد لان جواز هذا الشرط مع ان القياس يأباه لكونه ملائما للعقد مقرراً لمقتضاه معنى لحصول معنى التوثق والتأكد للثمن ولا يحصل ذلك الا بالتسليم وانه لا يتحقق فى المجهول ولو اتفقا على تعيين رهن فى المجلس جاز البيع لان المانع هو جهالة الرهن وقد زال فكأنه كان معلوما معينا من الابتداء لان المجلس له حكم حالة واحدة وان افترقا عن المجلس تقرر الفساد وكذا اذا لم يتفقا على تعيين الرهن ولكن المشترى نقد الثمن جاز

البيع أيضا لان المقصود من الرهن هو الوصول الى الثمن وقد حصل فيسقط اعتبار الوثيقة وكذلك البيع بشرط اعطاء الكفيل ان الكفيل ان كان حاضراً في المجلس وقبل جاز البيع استحسانا وان كان غائباً فالبيع فاسد وكذا اذا كان حاضراً ولم يقبل لان الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من تقرير موجب العقد على ما بينا فاذا كان الكفيل غائباً أو حاضرا ولم يقبل لم تصح الكفالة فلم يحصل معنى التوثيق فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس وكذا اذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد لان كفالة المجهول لا تصح ولو كان الكفيل معيناً وهو غائب ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز البيع لانه جازت الكفالة بالقبول في المجلس واذا حضر بعد الافتراق تأكد الفساد ولو شرط المشتري على البائع أن يحيله بالثمن على غريم من غرمائه أو على أن يضمن الثمن لغريم من غرماء البائع فالبيع فاسد لان شرط الحوالة والضمان شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد مفسد في الاصل الا اذا كان فيه تقرير موجب العقد وتأكيده والحوالة ابراء عن الثمن واسقاط له فلم يكن ملائماً للعقد بخلاف الكفالة والرهن وكذلك ان كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضا لكن للناس فيه تعامل فالبيع جائز كما اذا اشترى نعلا على ان يحذوه البائع أو جرابا على ان يخرزه له خفاً أو ينعل خفه والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله (وجه) القياس ان هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد العاقدين وانه مفسد كما اذا اشترى ثوبا بشرط أن يخيطه البائع له قميصاً ونحو ذلك (ولنا) ان الناس تعاملوا هذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع ولو اشترى جارية على انها بكر او طباخة أو خبازة أو غلاما على انه كاتب أو خياط أو باع عبدا بألف درهم على انها صحاح أو على انها جياد نقد بيت المال أو اشترى على انها مؤجلة فالبيع جائز لان المشروط صفة للمبيع أو الثمن صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ولو كان موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية وانها صفة مرغوب فيها لا على وجه التلهي والمشروط اذا كان هذا سبيله كان من مقتضيات العقد واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما اذا اشترى بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك بخلاف ما اذا اشترى ناقة على انها حامل ان البيع يفسد في ظاهر الرواية لان الشرط هناك عين وهو الحمل فلا يصلح شرطا وكون الناقة حاملا وان كان صفة لها لكن لا تحقق له الا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول فأوجب ذلك فساد البيع ويخرج على هذا أيضا ما ذكرنا من المسائل اذا اشترى ناقة على انها تحلب كذا وكذا رطلا أو على انها حلوبة أو على انها لبون ان البيع بهذه الشروط فاسد لان المشروط في هذه المواضع عين فلا يصلح شرطا وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية على انها مغنية على سبيل الرغبة فيها لان جهة الغناء جهة التلهي فاشتراطها في البيع يوجب الفساد وكذا اذا اشترى قمرية على انها تصوت أو طوطيا على انه يتكلم أو حمامة على انها تجيء من مكان بعيد أو كبشاً على انه نطاح أو ديكا على انه مقاتل لان هذه الجهات كلها جهات التلهي بخلاف ما اذا اشترى كلباً على انه معلم أو اشترى دابة على انها هملاج لانه صفة لا حظر فيها بوجه والله عز شأنه الموفق ويجوز البيع بشرط البراءة عن العيب عندنا سواء عم العيوب كلها بأن قال بعت على اني بريء من كل عيب أو خص بأن سمى جنساً من العيوب وقال الشافعي رحمه الله ان خص صح وان عم لا يصح واذا لم يصح الابراء عنده هل يصح العقد له فيه قولان في قول يبطل العقد أيضا وفي قول يصح العقد ويبطل الشرط وعلى هذا الخلاف الابراء عن الحقوق المجهولة ولو شرط على اني بريء من العيب الذي يحدث روى عن أبي يوسف رحمه الله ان البيع بهذا الشرط فاسد (وجه) قول الشافعي رحمه الله ان الابراء عن كل عيب ابراء عن المجهول فلا يصح ولا شك انه ابراء عن المجهول والدليل على ان الابراء عن كل عيب ابراء عن المجهول غير صحيح ان الابراء اسقاط فيه معنى التمليك بدليل أنه يرتد بالرد وهذا آية التمليك اذ الاسقاط لا يحتمل ذلك وتمليك المجهول لا يصح كالبيع ونحوه (ولنا) ان الابراء وان كان فيه معنى التمليك لكن الجهالة لا تمنع صحة التمليك لعينها بل لافضائها الى المنازعة ألا ترى أنها لا تمنع في موضع لا يفضي الى المنازعة كما

اذا باع قفيزا من هذه الصبرة أو عشرة دراهم من هذه النقرة وهذا النوع من الجهالة ههنا لا يفضى الى المنازعة لان
قوله كل عيب يتناول العيوب كلها فاذا سمى جنساً من العيوب لا جهالة له أصلا مع ما ان التمليك فى الابراء يثبت
ضمناً وتبعاً للاسقاط لان اللفظ ينبئ عن الاسقاط لا عن التمليك فيعتبر التصرف اسقاطا لا تمليكا والجهالة لا تمنع
صحة الاسقاطات والدليل على جواز الابراء عن الحقوق المجهولة ما روى ان رجلين اختصما الى النبى عليه
الصلاة والسلام فى مواريث قد درست فقال لهما عليه الصلاة والسلام استهما وأوجبا الحق وليحلل كل واحد
منكما صاحبه وعلى هذا اجماع المسلمين من استحلال معاملاتهم فى آخر أعمارهم فى سائر الاعصار من غير انكار
وأما بيع الثمر على الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع فى الارض بشرط الترك فجملة الكلام فيه انه لا يخلو اما ان كان
لم يبد صلاحه بعد ان صار منتفعا به بوجه من الوجوه واما ان كان قد بدا صلاحه بان صار منتفعاً به وكل ذلك لا يخلو
من أن يكون بشرط القطع أو مطلقا أو بشرط الترك حتى يبلغ فان كان لم يبد صلاحه فباع بشرط القطع جاز وعلى
المشترى أن يقطع للحال وليس له أن يترك من غير اذن البائع ومن مشايخنا من قال لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه
وهو خلاف ظاهر الرواية على ما ذكرنا ولو باع مطلقاً عن شرط جاز أيضاً عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يجوز
(وجه) قوله ان المطلق ينصرف الى المتعارف والمتعارف هو الترك فكان هذا بيعا بشرط الترك دلالة فصار كما لو شرط
الترك نصا (ولنا) ان الترك ليس بمشروط نصاً اذ العقد مطلق عن الشرط أصلا فلا يجوز تقييده بشرط الترك من غير دليل
خصوصا اذا كان فى التقييد فساد العقد وان اشترى بشرط الترك فالعقد فاسد بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ولا يلائم العقد ولا جرى به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع لما ذكرنا
ولانه لا تمكن من الترك الا باعارة الشجرة والارض وهما ملك البائع فصار بشرط الترك شارطا الاعارة فكان شرطه
صفقة فى صفقة وانه منهى هذا اذا لم يبد صلاحه وكذا اذا بدا صلاحه فباع بشرط القطع أو مطلقاً فأما اذا باع بشرط
الترك فان لم يتناه عظمه فالبيع فاسد بلا خلاف لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمه فالبيع فاسد عند أبى حنيفة وأبى
يوسف وقال محمد يجوز استحسانا لتعارف الناس وتعاملهم ذلك ولهما ما ذكرنا أن شرط الترك شرط فيه منفعة
للمشترى والعقد لا يقتضيه وليس بملائم للعقد أيضا ومثل هذا الشرط يكون مفسدا كما اذا اشترى حنطة على أن
يتركها فى دار البائع شهرا وقوله الناس تعاملوا ذلك قلنا دعوى تعامل الناس شرط الترك فى المبيع ممنوعة وانما التعامل
بالمسامحة بالترك من غير شرط فى عقد البيع ولو اشترى مطلقا عن شرط فترك فان كان قد تناهى عظمه ولم يبق الا
النضج لم يتصدق بشئ سواء ترك باذن البائع أو بغير اذنه لانه لا يزداد بعد التناهى وانما يتغير الى حال النضج وان كان
لم يتناه عظمه ينظر ان كان الترك باذن البائع جاز وطاب له الفضل وان كان بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته على
ما كان عند العقد لان الزيادة حصلت بجهة محظورة فأوجبت خبثا فيها فكان سبيلها التصدق فان استأجر المشترى
من البائع الشجر للترك الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الترك حصل باذن البائع ولكن لا تجب الاجرة لان
هذه الاجارة باطلة لان جوازها ثبت على خلاف القياس لتعامل الناس فما لم يتعاملوا فيه لا تصح فيه الاجارة ولهذا لم
تصح اجارة الاشجار لتجفيف الثياب واجارة الاوتاد لتعليق الاشياء عليها واجارة الكتب للقراءة ونحو ذلك
حتى لم تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو أخرجت الشجرة فى مدة الترك ثمرة أخرى فهى للبائع سواء كان الترك باذنه
أو بغير اذنه لانه نماء ملك البائع فيكون له ولو حللها له البائع جاز وان اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده حتى
لا يعرف ينظر ان كان قبل التخلية بطل البيع لان المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة وتعذر التمييز فاشبه
العجز عن التسليم بالهلاك وان كان بعد التخلية لم يبطل لان التخلية قبض وحكم البيع يتم وينتهى بالقبض والثمرة
تكون بينهما لاختلاط ملك أحدهما بالآخر اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما فكان الكل مشتركا بينهما والقول قول
المشترى فى المقدار لانه صاحب يد لوجود التخلية فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله ولو اشترى ثمرة بدا صلاح

بعضها دون بعض بأن أدرك البعض دون البعض بشرط الترك فالبيع فاسد على أصلهما لانه لو كان أدرك الكل فاشتراها بشرط الترك فالبيع فاسد عندهما فبادراك البعض أولى (وأما) على أصل محمد رحمه الله وهو اختيار العادة فان كان صلاح الباقي متقاربا جاز لان العادة في الثمار أن لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم ادراك البعض على البعض و يلحق بعضها بعضا فصار كأنه اشتراها بعد ادراك الكل ولو كان كذلك لصح الشراء عنده بشرط الترك كذا هذا وان كان يتأخر ادراك البعض عن البعض تأخيرا فاحشا كالعنب ونحوه يجوز البيع فيما أدرك ولا يجوز فيما لم يدرك لان عند التأخر الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين (ومنها) شرط الاجل في المبيع العين والثمن العين وهو أن يضرب لتسليمها أجل لان القياس يأبى جواز التأجيل أصلا لانه تغيير مقتضى العقد لانه عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم والتأجيل ينفي وجوب التسليم للحال فكان مغيرا مقتضى العقد الا أنه شرط نظر لصاحب الاجل لضرورة العدم ترفيها له وتمكينا له من اكتساب الثمن في المدة المضروبة ولا ضرورة في الاعيان فبقي التأجيل فيها تغييرا محضا لمقتضى العقد فيوجب فساد العقد ويجوز في المبيع الدين وهو السلم بل لا يجوز بدونه عندنا على ما نذكره في موضعه وكذا يجوز في الثمن الدين وهو بيع الدين بالدين لان التأجيل يلائم الديون ولا يلائم الاعيان لمساس حاجة الناس اليه في الديون لا في الاعيان على ما بينا (ومنها) شرط خيار مؤبد في البيع (ومنها) شرط خيار مؤقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة كهبوب الريح ومجيء المطر وقدوم فلان وموت فلان ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس وقدوم الحاج ونحوها (ومنها) شرط خيار غير مؤقت أصلا والاصل فيه ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم للحال فكان شرطا مغيرا مقتضى العقد وأنه مفسد للعقد في الاصل وهو القياس الا أنا عرفنا جوازه استحسانا بخلاف القياس بالنص وهو ما روى ان حبان بن منقذ كان يغبن في التجارات فشكا أهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام فبقي ما وراء المنصوص عليه على أصل القياس (ومنها) شرط خيار مؤقت بالزائد على ثلاثة أيام عند أبي حنيفة و زفر وقال أبو يوسف ومحمد هذا الشرط ليس بمفسد واحتجا بما روى أن عبد الله بن سيدنا عمر رضي الله عنهما شرط الخيار شهرين ولان النص الوارد في خيار ثلاثة أيام معلول بالحاجة الى دفع الغبن بالتأمل والنظر وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة الى التأجيل ولابي حنيفة ان هذا الشرط في الاصل مما يأباه القياس والنص أما القياس فما ذكرنا انه شرط مغير مقتضى العقد ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الاصل وأما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار الا أنه ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص وانه ورد بثلاثة أيام فصار ذلك مخصوصا عن النص العام وترك القياس فيه فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس فيما وراء هذا والعمل بقول سيد البشر عليه أفضل الصلاة والسلام أولى من العمل بقول عبد الله بن سيدنا عمر وقولهما النص معلول بالحاجة الى دفع الغبن قلنا لو كان كذلك فالثلاث مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتأمل وما وراء ذلك لا نهاية له (وأما) شرط خيار مؤقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحسانا لحديث حبان ابن منقذ ولمساس الحاجة اليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم وسواء كان الشرط للعاقد أو لغيره بأن شرط الخيار لثالث عند أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر رحمه الله لا يجوز شرط الخيار لغير العاقد (وجه) قوله ان اشتراط الخيار للعاقد مع ان القياس يأباه ثبت بالنص فبقي اشتراطه لغيره على أصل القياس (ولنا) ان النص معلول بالحاجة الى التأمل لدفع الغبن والناس يتفاوتون في البصارة بالسلع فمن الجائز أن يكون المشروط له الخيار أبصر منه ففوض الخيار اليه ليتأمل في ذلك فان صلح أجازه والا فسخ واذا جاز هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقد أيضا ولما نذكر ولكل واحد منهما ولاية الاجازة والفسخ وسواء كان العاقد مالكا أو وصيا أو وليا أو وكيلا فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه أو لصاحبه الذي عاقده (أما) الاب أو الوصي فلان اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكانه (وأما)

الوكيل فلانه يتصرف بأمر الموكل وقد أمره بالبيع والشراء مطلقا فيجرى على اطلاقه وكذلك المضارب أو الشريك شركة عنان أو مفاوضة يملك شرط الخيار لما قلنا ولو اشترى شيأ على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فالقياس أن لا يجوز هذا البيع وهو قول زفر رحمه الله وفى الاستحسان جائز (وجه) القياس ان هذا بيع علقت اقالته بشرط عدم نقد الثمن الى ثلاثة أيام وتعليق الاقالة بالشرط فاسد فكان هذا بيعا دخله شرط فاسد فيكون فاسدا كسائر الانواع التى دخلتها شروط فاسدة (وجه) الاستحسان ان هذا البيع فى معنى البيع بشرط الخيار لوجود التعليق بشرط فى كل واحد منهما وتحقق الحاجة المستدعية للجواز أما التعليق فانه علق اقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد الى ثلاثة أيام وفى البيع بشرط الخيار علق انعقاده فى حق الحكم بشرط سقوط الخيار واما الحاجة فان المشترى كما يحتاج الى التأمل فى المبيع انه هل يوافقه أم لا فالبائع يحتاج الى التأمل انه هل يصل الثمن اليه فى الثلاث أم لا وكذا المشترى يحتاج الى التأمل انه هل يقدر على النقد فى الثلاث أم لا فكان هذا بيعا مست الحاجة الى جوازه فى الجانبين جميعا فكان أولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودا ههنا دلالة ولو اشترى على أنه ان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام لم يجز عند أبى حنيفة كما لا يجوز شرط الخيار أربعة أيام أو أكثر بعد أن يكون معلوما الا أن أبا يوسف يقول ههنا لا يجوز كما قال أبو حنيفة فأبو حنيفة مر على أصله ولم يجز فى الموضعين ومحمد مر على أصله وأجاز فيهما وأبو يوسف فرق بينهما (ووجه) الفرق له ان القياس يأبى الجواز فى الموضعين جميعا الا أن الجواز فى شرط الخيار عرفناه بأثر ابن سيدنا عمر رضى الله عنهما فبقى هذا على أصل القياس والله سبحانه عز شأنه أعلم ويتصل بالشروط المفسدة ما اذا باع حيوانا واستثنى ما فى بطنه من الحمل ان البيع فاسد لان بيع الحمل بانفراده لا يجوز فكان استثناؤه بمنزلة شرط فاسد أدخل فى البيع فوجب فساد البيع وكذلك هذا فى عقد الاجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة لان استثناء الحمل فى هذه العقود لا يبطلها وكذلك فى الاعتاق لما أن استثناء ما فى البطن بمنزلة شرط فاسد والبيع واخواته تبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسدا والعقد فاسدا فأما النكاح ونحوه فلا تبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد وبطل الشرط فيدخل فى العقد الام والولد جميعا وكذا فى العتق وكذا اذا باع حيوانا واستثنى شيأ من أطرافه فالبيع فاسد ولو باع صبرة واستثنى قفيزا منها فالبيع جائز فى المستثنى منه وكذا اذا باع صبرة واستثنى جزأ شائعا منها ثلثها أو ربعها أو نحو ذلك ولو باع قطيعا من الغنم واستثنى شاة منها بغير عينها فالبيع فاسد ولو استثنى شاة منها بعينها فالبيع جائز والاصل فى هذا ان من باع جملة واستثنى منها شيأ فان استثنى ما يجوز افراده بالبيع فالبيع فى المستثنى منه جائز وان استثنى ما لا يجوز افراده بالبيع فالبيع فى المستثنى منه فاسد ولو باع الثمرة على رؤس النخل واستثنى منها صاعا ذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى انه يجوز لانه استثنى ما يجوز افراده بالبيع فاشبه ما اذا باع جزأ مشاعا منه من الثلث والربع وكذا لو كان الثمر مجذوذا فباع الكل واستثنى صاعا يجوز وأى فرق بين المجذوذ وغير المجذوذ وذكر الطحاوى فى مختصره انه لا يجوز واليه أشار محمد فى الموطأ فانه قال لا بأس بان يبيع الرجل ثمرة ويستثنى منها بعضها اذا استثنى شيأ فى جملته ربعا أو خمسا أو سدسا قيد الجواز بشرط أن يكون المستثنى مشاعا فى الجملة فلو ثبت الجواز فى المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط معنى وكذا روى الحسن بن زياد انه قال لا يجوز وكذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره ثم فساد العقد بما ذكرنا من الشروط مذهب أصحابنا وقال ابن أبى ليلى البيع جائز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع جائز والشرط جائز والصحيح قولنا لما روى أبو حنيفة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط والنهى يقتضى فساد المنهى فيدل على فساد كل بيع وشرط الا ما خص عن عموم النص ولان هذه الشروط بعضها فيه منفعة زائدة ترجع الى العاقدين أو الى غيرهما وزيادة منفعة مشروطة فى عقد البيع تكون ربا والربا حرام والبيع الذى فيه ربا فاسد وبعضها فيه غرر ونهى رسول الله صلى الله عليه

وسلم عن بيع فيه غرر والمنهى عنه فاسد وبعضها شرط التلهى وانه محظور وبعضها يغير مقتضى العقد وهو معنى الفساد اذ الفساد هو التغيير والله سبحانه وتعالى أعلم ثم قران الشرط الفاسد بالعقد والحاقه به سواء عند أبى حنيفة رحمه الله حتى لو باع بيعا صحيحا ثم ألحق به شيأ من هذه الشروط المفسدة يلتحق به ويفسد العقد وعندهما لا يلتحق به ولا يفسد العقد وأجمعوا على انه لو ألحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا كالخيار الصحيح فى البيع البات ونحو ذلك يلتحق به (وجه) قولهما ان الحاق الشرط الفاسد بالعقد يغير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح فبقى العقد صحيحا كما كان لان العقد كلام لا بقاء له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز فكان ينبغى أن لا يصح الالحاق أصلا الا أن الحاق الشرط الصحيح بأصل العقد ثبت شرعا للحاجة اليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح الحاقه به فلا حاجة الى الحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ولهذا لم يصح قرانه بالعقد ولابى حنيفة رحمه الله ان اعتبار التصرف على الوجه الذى أوقعه المتصرف واجب اذا كان هو أهلا والمحل قابلا وقد أوقعه مفسدا للعقد اذ الالحاق لفساد العقد فوجب اعتباره كما أوقعه فاسدا فى الاصل وقولهما الالحاق تغيير للعقد قلنا ان كان تغييرا فلهما ولاية التغيير ألا ترى أن لهما ولاية التغيير بالزيادة فى الثمن والمثمن والحط عن الثمن وبالحاق الشرط الصحيح وان كان تغييرا ولانهما يملكان الفسخ فالتغيير أولى لان التغيير تبديل الوصف والفسخ رفع الاصل والوصف والله سبحانه أعلم (ومنها) الرضا لقول الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم عقيب قوله عز اسمه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب من نفسه فلا يصح بيع المكره اذا باع مكرها وسلم مكرها لعدم الرضا فأما اذا باع مكرها وسلم طائعا فالبيع صحيح على ما نذكره فى كتاب الاكراه ولا يصح بيع الهازل لانه متكلم بكلام البيع لا على ارادة حقيقته فلم يوجد الرضا بالبيع فلا يصح بخلاف طلاق الهازل انه واقع لان الفائت بالاكراه ليس الا الرضا والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق بخلاف البيع على ان الهزل فى باب الطلاق ملحق بالجد شرعا قال عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والنكاح والعتاق الحق الهازل بالجاد فيه ومثل هذا لم يرد فى البيع وعلى هذا يخرج بيع المنابذة والملامسة والحصاة الذى كان يفعله أهل الجاهلية كان الرجلان يتساومان السلعة فاذا أراد أحدهما الزام البيع نبذ السلعة الى المشترى فيلزم البيع رضى المشترى أم سخط أو لمسها المشترى أو وضع عليها حصاة فجاء الاسلام فشرط الرضا وأبطل ذلك كله وعلى هذا يخرج بيع التلجئة وهى ما لجئ الانسان اليه بغير اختياره اختيار الايثار وجملة الكلام فيه أن التلجئة فى الاصل لا تخلو اما أن تكون فى نفس البيع واما أن تكون فى الثمن فان كانت فى نفس البيع فاما أن تكون فى انشاء البيع واما أن تكون فى الاقرار به فان كانت فى انشاء البيع بان تواضعوا فى السر لامر ألجأهم اليه على أن يظهر البيع ولا بيع بينهما حقيقة وانما هو رياء وسمعة نحو أن يخاف رجل السلطان فيقول الرجل انى أظهر أنى بعت منك دارى وليس ببيع فى الحقيقة وانما هو تلجئة فتبايعا فالبيع باطل فى ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد لانهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل والهزل يمنع جواز البيع لانه يعدم الرضا بمباشرة السبب فلم يكن هذا بيعا منعقدا فى حق الحكم وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة ان البيع جائز لان ما شرطاه فى السر لم يذكراه فى العقد وانما عقدا عقدا صحيحا بشرائطه فلا يؤثر فيه ما تقدم من الشرط كما اذا اتفقا على أن يشترطا شرطا فاسدا عند البيع ثم باعا من غير شرط والجواب ان الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة فلو اعتبرنا وجود الشرط عند البيع لا تندفع الضرورة ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز وان أجازاه جاز كذا ذكر محمد لان الشرط السابق وهو المواضعة منعت انعقاد العقد فى حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين فلا يصح الا بتراضيهما ولا يملكه المشترى بالقبض حتى لو كان المشترى عبدا فقبضه وأعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكره على البيع والتسليم اذا باع وسلم فأعتقه المشترى انه ينفذ اعتاقه لان بيع المكره انعقد سببا للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلا لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب الا أنه فسد لانعدام

الرضا طبعا فتأخر الملك فيه الى وقت القبض أما ههنا فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب فى الجانبين أصلا فلم ينعقد السبب فى حق الحكم فتوقف على أحدهما فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين هذا اذا كانت التلجئة فى انشاء البيع فاما اذا كانت فى الاقرار به فان اتفقا على ان يقرا ببيع لم يكن فأقرا بذلك ثم اتفقا على انه لم يكن فالبيع باطل حتى لا يجوز باجازتهما لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار بثبوت المخبر به حال وجود الاخبار فان كان ثابتا كان الاخبار صدقا والا فيكون كذبا والمخبر به ههنا وهو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الاجازة لانها تلحق الموجود لا المعدوم هذا كله اذا كانت التلجئة فى نفس البيع انشاء كان أو اقرارا فاما اذا كانت فى الثمن فهذا أيضا لا يخلو من أحد وجهين اما ان كانت فى قدر الثمن واما ان كانت فى جنسه فان كانت فى قدره بان تواضعا فى السر والباطن على أن يكون الثمن ألفا و يتبايعان فى الظاهر بألفين فان لم يقولا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لان الثمن اسم للمذكور عند العقد والمذكور عند العقد ألفان فان لم يذكرا ان أحدهما رياء وسمعة صحت تسمية الالفين وان قالا عند المواضعة ألف منهما رياء وسمعة فالثمن ثمن السر والزيادة باطلة فى ظاهر الرواية عند أبى حنيفة وهو قول أبى يوسف ومحمد و روى عن أبى يوسف ان الثمن ثمن العلانية (وجه) هذه الرواية ان الثمن هو المذكور فى العقد والالفان مذكوران فى العقد وما ذكرا فى المواضعة لم يذكراه فى العقد فلا يعتبر (وجه) ظاهر الرواية ان ما تواضعا عليه فى السر هو ما تعاقدا عليه فى العلانية الا انهما زادا عليه ألفا أخرى والمواضعة السابقة أبطلت الزيادة لانهما فى هزلا نهما حيث لم يقصداها فلم يصح ذكر الزيادة فى البيع فيبقى البيع بما تواضعا عليه وهو الالف وان كانت فى جنسه بان اتفقا فى السر على ان الثمن ألف درهم لكنهما يظهران البيع بمائة دينار فان لم يقولا فى المواضعة ان ثمن العلانية رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه لما قلنا وان قالا ذلك فالقياس ان يبطل العقد وفى الاستحسان يصح بمائة دينار (وجه) القياس ان ثمن السر لم يذكراه فى العقد وثمن العلانية لم يقصداه فقد هزلا به فسقط و بقى بيعا بلا ثمن فلا يصح (وجه) الاستحسان انهما لم يقصدا بيعا باطلا بل بيعا صحيحا فيجب حمله على الصحة ما أمكن ولا يمكن حمله على الصحة الا بثمن العلانية فكأنهما انصرفا عما شرطاه فى الباطن فتعلق الحكم بالظاهر كما لو اتفقا على أن يبيعا بيع تلجئة فتواهبا بخلاف الالف والالفين لان الثمن المذكور المشروط فى السر مذكور فى العقد و زيادة فتعلق العقد به هذا اذا تواضعا فى السر ولم يتعاقدا فى السر فاما اذا تعاقدا فى السر بثمن ثم تواضعا على ان يظهرا العقد بأكثر منه أو بجنس آخر فان لم يقولا ان العقد الثانى رياء وسمعة فالعقد الثانى يرفع العقد الاول والثمن هو المذكور فى العقد الثانى لان البيع يحتمل الفسخ والاقالة فشروعهما فى العقد الثانى ابطال للاول فبطل الاول وانعقد الثانى بما سمى عنده وان قالا رياء وسمعة فان كان الثمن من جنس آخر فالعقد هو العقد الاول لانهما لم يذكرا الرياء والسمعة فقد أبطلا المسمى فى العقد الثانى فلم يصح العقد الثانى فبقى العقد الاول وان كان من جنس الاول فالعقد هو العقد الثانى لان البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثانى لكن بالثمن الاول والزيادة باطلة لانهما أبطلاها حيث هزلا بها هذا اذا تواضعا واتفقا فى التلجئة فى البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعا فاما اذا اختلفا فادعى أحدهما التلجئة وأنكر الآخر و زعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول منكر التلجئة لان الظاهر شاهد له فكان القول قوله مع يمينه على ما يدعيه صاحبه من التلجئة اذا طلب الثمن وان أقام المدعى البينة على التلجئة تقبل بينته لانه أثبت الشرط بالبينة فتقبل بينته كما لو أثبت الخيار بالبينة ثم هذا التفريع على ظاهر الرواية عن أبى حنيفة رحمه الله لانه يعتبر المواضعة السابقة فاما على رواية أبى يوسف عنه فلا يجىء هذا التفريع لانه يعتبر العقد الظاهر فلا يلتفت الى هذه الدعوى لانها وان صحت لا تؤثر فى البيع الظاهر وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه فقال على قول أبى حنيفة القول قول من يدعى جواز البيع وعلى قولهما القول قول من يدعى التلجئة والعقد فاسد ولو اتفقا على التلجئة ثم قالا عند البيع كل شرط كان بيننا فهو باطل تبطل التلجئة و يجوز البيع لانه شرط فاسد زائد فاحتمل السقوط بالاسقاط ومتى سقط صار العقد جائزا الا اذا اتفقا عند المواضعة وقالا ان ما نقوله عند البيع ان

كل شرط بيننا فهو باطل فذلك القول منا باطل فاذا قالا ذلك لا يجوز العقد لانهما اتفقا على ان ما يبطلانه من الشرط عند العقد باطل الا اذا حكيا فى العلانية ما قالا فى السر فقالا انا شرطنا كذا وكذا وقد أبطلنا ذلك ثم تبايعا فيجوز البيع ثم كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لآخر انى أقر لك فى العلانية بمالى أو بدارى وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) الذى يخص بعض البياعات دون بعض فانواع أيضاً (منها) أن يكون الاجل معلوما فى بيع فيه أجل فان كان مجهولا يفسد البيع سواء كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومطر السماء وقدوم فلان وموته والميسرة ونحو ذلك أو متقاربة كالحصاد والدياس والنيروز والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجذاذ والجزار والقطاف والميلاد وصوم النصارى وفطرهم قبل دخولهم فى صومهم ونحو ذلك لان الاول فيه غرر الوجود والعدم والنوع الثانى مما يتقدم ويتأخر فيؤدى الى المنازعة فيوجب فساد البيع ولو باع العين بثمن دين الى اجل مجهول جهالة متقاربة ثم أبطل المشترى الاجل قبل محله وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز العقد عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولو لم يبطل حتى حل الاجل وأخذ الناس فى الحصاد ثم أبطل لا يجوز العقد بالاجماع وان كانت الجهالة متفاحشة فابطل المشترى الاجل قبل الافتراق ونقد الثمن جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افترقا قبل الابطال لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتاً معلوما بأن قال أبداً أو أياما أو لم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالاجماع ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل مضى ثلاثة أيام قبل أن يفسخ العقد بينهما جاز البيع عندنا خلافاً لزفر رحمه الله وان أبطل بعد مضى الايام الثلاثة لا يجوز العقد عند أبى حنيفة رحمه الله وزفر وعند أبى يوسف ومحمد يجوز وان وقت وقتا معلوما بان قال أربعة أيام أو شهراً فابطل الخيار قبل مضى ثلاثة أيام وقبل أن يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وعندهما هذا الخيار جائز ولو مضت الايام الثلاثة ثم أبطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع بالاجماع وعلى هذا لو عقدا عقد السلم بشرط الخيار حتى فسد السلم ثم ان صاحب الخيار أبطل خياره قبل الافتراق جاز السلم عندنا اذا كان رأس المال قائما فى يده ولو افترقا قبل الابطال ثم أبطل لا يجوز بالاجماع وعلى هذا اذا اشترى ثوبا برقمه ولم يعلم المشترى رقمه حتى فسد البيع ثم علم رقمه فان علم قبل الافتراق واختار البيع جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز وان كان بعد الافتراق لا يجوز بالاجماع والاصل عند زفر ان البيع اذا انعقد على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والاصل عندنا أنه ينظر الى الفساد فان كان قويا بان دخل فى صلب العقد وهو البدل أو المبدل لا يحتمل الجواز برفع المفسد كما قال زفر اذا باع عبداً بالف درهم ورطل من خمر فحط الخمر عن المشترى وان كان ضعيفاً لم يدخل فى صلب العقد بل فى شرط جائز يحتمل الجواز برفع المفسد كما فى البيع بشرط خيار لم يوقت أو وقت الى وقت مجهول كالحصاد والدياس أو لم يذكر الوقت وكما فى بيع الدين بالدين الى أجل مجهول على ما ذكرنا ثم اختلف مشايخنا فى العبارة عن هذا العقد قال مشايخ العراق انه انعقد فاسداً لكن فساداً غير متقرر فان أبطل الشرط قبل تقرره بأن لم يدخل وقت الحصاد أو اليوم الرابع ينقلب الى الجواز وان لم يبطل حتى دخل تقرر الفساد وهو قول بعض مشايخنا بما وراء النهر وقال مشايخ خراسان وبعض مشايخنا بما وراء النهر العقد موقوف ان اسقط الشرط قبل وقت الحصاد واليوم الرابع تبين أنه كان جائزا من الاصل وان لم يسقط حتى دخل اليوم الرابع أو أوان الحصاد تبين أنه وقع فاسدا من حين وجوده وذكر عن الحسن بن زياد رحمه الله أنه قال قال أبو حنيفة لو أن رجلا اشترى عبدا على أنه بالخيار أكثر من ثلاثة أيام فالبيع موقوف فان قال المشترى قبل مضى الثلاث انا أبطل خيارى واستوجب المبيع قبل أن يقول البائع شيأ كان له ذلك وتم البيع وعليه الثمن ولم يكن للبائع أن يبطل البيع وان قال البائع قد أبطلت البيع قبل أن يبطل المشترى خياره بطل البيع ولم يكن للمشترى أن يستوجبه بعد ذلك وأن يبطل خياره فقد نص على التوقف وفسره حيث جعل للبائع حق الفسخ قبل اجازة المشترى وهذا أمارة البيع الموقوف أن يكون لكل

واحدمن العاقدين حق الفسخ (وجه) قول زفران هذا بيع انعقد بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور أن ينقلب جائزا لما فيه من الاستحالة ولهذا لم ينقلب الى الجواز اذا دخل اليوم الرابع أو وقت الحصاد والدياس (ولنا) طريقان أحدهما ان هذا العقد موقوف للحال لا يوصف بالفساد ولا بالصحة لان الشرط المذكور يحتمل أن يكون مفسداً حقيقة و يحتمل أن لا يكون فاذا اسقط قبل دخول أوان الحصاد واليوم الرابع تبين انه ليس بمفسد لانه تبين أنه ماشرط الاجل والخيار الا الى هذا الوقت فتبين ان العقد وقع صحيحاً مفيداً للملك بنفسه من حين وجوده كما لو أسقط الاجل الصحيح والخيار الصحيح وهو خيار ثلاثة أيام بعد مضي يوم وان لم يسقط حتى مضت الايام الثلاثة ودخل الحصاد تبين ان الشرط كان الى هذا الوقت وأنه شرط مفسد والثانى ان العقد فى نفسه مشروع لا يحتمل الفساد على ماعرف وكذا أصل الاجل والخيار لانه ملائم للعقد وأنه يوصف العقد بالفساد للحال لا لعينه بل لمعنى مجاور له زائد عليه وعلى أصل الاجل والخيار وهو الجهالة وزيادة الخيار على المدة المشروعة فان سقط قبل دخول وقت الحصاد أو اليوم الرابع فقد أسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد فبقى العقد مشروعا كما كان من غير وصف الفساد واذا دخل الوقت فقد تقرر المفسد فتقرر الفساد والفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال وقوله العقد ماوقع فاسدا من حين وجوده قلنا على الطريق الاول ممنوع بل هو موقوف وعلى الطريق الثانى مسلم لكن لا لعينه بل لغيره وهو الشرط المجاور المفسد وقد أسقط المفسد قبل تقرره فزال الفساد الثابت لمعنى فى غيره فبقى مشروعا والله سبحانه وتعالى الموفق ولو باع بثمن حال ثم أخر الى الآجال المتقاربة جاز التأخير ولو أخر الى الآجال المتفاحشة لم يجز والدين على حاله حال فرق بين التأجيل والتأخير لم يجوز التأجيل الى هذه الآجال أصلا وجوز التأخير الى المتقارب منها و وجه الفرق ان التأجيل فى العقد جعل الاجل شرطاً فى العقد وجهالة الاجل المشروط فى العقد وان كانت متقاربة توجب فساد العقد لانها تفضى الى المنازعة فاما التأخير الى الآجال المجهولة جهالة متقاربة فلا تفضى الى المنازعة لان الناس يؤخرون الديون الى هذه الآجال عادة ومبنى التأخير على المسامحة فالظاهر انهم يسامحون ولا ينازعون وماجرت العادة منهم بالتأخير الى آجال تفحش جهالتها بخلاف التأجيل لان ماجعل شرطاً فى البيع مبناه على المضايقة فالجهالة فيها وان قلت تفضى الى المنازعة ولهذا لا يجوز البيع الى الآجال المتقاربة وجازت الكفالة اليها لان مبنى الكفالة على المسامحة فان المكفول له لا يضيق الامر على الكفيل عادة لان له سبيل الوصول الى الدين من جهة الاصيل فالتأجيل اليها لا يفضى الى المنازعة بخلاف البيع فان الجهالة فى باب البيع مفضية الى المنازعة فكانت مفسدة للبيع ولو اشترى عيناً بثمن دين على ان يسلم اليه الثمن فى مصر آخر فهذا لا يخلو اما ان يكون الثمن مما لا حمل له ولا مؤنة واما أن يكون مما له حمل ومؤنة وعلى كل ذلك لا يخلو من أن ضرب له الاجل أو لم يضرب فان لم يضرب له الاجل فالبيع فاسد سواء كان الثمن له حمل ومؤنة أو لم يكن لانه اذا لم يضرب له الاجل كان شرط التسليم فى موضع على سبيل التاجيل وانه أجل مجهول فيوجب فساد العقد وروى عن أبى يوسف رحمه الله ان الثمن اذا كان لا حمل له ولا مؤنة فالبيع جائز لان شرط التأجيل فى مكان آخر ليس بتأجيل حقيقة بل هو تخصيص التسليم بمكان آخر فيجوز البيع و يجبر المشترى على تسليم الثمن فى أى موضع طالبه وان ضرب له أجلا على ان يسلم اليه الثمن بعد محل الاجل فى مصر آخر فان كان الاجل مقدار ما لا يمكن الوصول الى الموضع المشروط فى قدر تلك المدة فالبيع فاسد أيضاً لانه اذا كان لا يمكن الوصول فيه الى الموضع المشروط صار كان لم يضرب وان كان ضرب أجلا يمكن الوصول فيه الى المكان المشروط فالبيع صحيح والتأجيل صحيح لانه اذا ضرب له أجلا يمكن الوصول فيه الى ذلك المكان علم ان شرط التسليم فى ذلك المكان لم يكن على سبيل التأجيل بل على تخصيص ذلك المكان بالتسليم فيه فاذا حل الاجل وطالبه البائع بالثمن فى غير المكان المشروط ينظر ان كان الثمن مما ليس له حمل ولا مؤنة يجبر المشترى على تسليمه فى أى موضع طالبه البائع بعد حل الاجل وان كان الثمن له حمل ومؤنة لا يجبر على تسليمه الا فى الموضع المشروط وكذلك لو أراد المشترى ان يسلمه فى

غير المكان المشروط وأبى البائع ذلك الا فى الموضع المشروط فهو على هذا التفصيل ولو كان الثمن عينا فشرط تسليمه فى مصر آخر فالبيع فاسد سواء شرط الاجل أو لم يشرط لان فيه غررا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) القبض فى بيع المشترى المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض لما روى ان النبى عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع مالم يقبض والنهى يوجب فساد المنهى ولانه بيع فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لانه اذا هلك المعقود عليه قبل القبض يبطل البيع الاول فينفسخ الثانى لانه بناه على الاول وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وسواء باعه من غير بائعه أو من بائعه لان النهى مطلق لا يوجب الفصل بين البيع من غير بائعه و بين البيع من بائعه وكذا معنى الغرر لا يفصل بينهما فلا يصح الثانى والاول على حاله ولا يجوز اشراكه وتوليته لان كل ذلك بيع ولو قبض نصف المبيع دون النصف فاشرك رجلا لم يجز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض لان الاشراك نوع بيع والمبيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلا له شرعا فلم يصح فى غير المقبوض وصح فى قدر المقبوض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه ولا تجوز اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وملك المنفعة تابع لملك العين ولا يجوز فيه تمليك العين فلا يجوز تمليك المنفعة ولان الاجارة عقد يحتمل الفسخ فيتمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولان ما روينا من النهى يتناول الاجارة لانها نوع بيع وهو بيع المنفعة و يجوز اعتاقه بعوض وغير عوض وكذا تدبيره واستيلاده بان كانت أمة فاقر انها كانت ولدت له لان جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة وقد وجد بخلاف البيع فان صحته تفتقر الى ملك الرقبة واليد جميعا لافتقاره الى التسليم وكذا الاجارة بخلاف الاعتاق والتدبير ولان المانع هو القبض و بهذه التصرفات يصير قابضا على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولان الفساد لتمكن الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه لما نذكره وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانفساخ فلم يوجد فلزم الجواز بدليله وهل تجوز كتابته لا رواية فيه عن أصحابنا فاحتمل أن يقال لا يجوز قياسا على البيع لان كل واحد منهما مما يحتمل الفسخ والاقالة وجائز أن يقال يجوز فرقا بينها و بين البيع لانها أوسع اضرارا من البيع وروى عن أبى يوسف اذا كاتبه المشترى قبل القبض فللبائع أن يبطله فان لم يبطله حتى نقد المشترى الثمن جازت الكتابة ذكرها فى العيون ولو وهبه من البائع فان لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله لان الهبة لا تصح بدون القبول فان قبله البائع لم تجز الهبة لانها تمليك المبيع قبل القبض وانه لا يجوز كالبيع وانفسخ البيع بينهما و يكون اقالة للبيع فرق بين الهبة من البائع و بين البيع منه حيث جعل الهبة منه اقالة دون البيع منه (ووجه) الفرق أن بين الهبة والاقالة مقاربة فان كل واحد منهما يستعمل فى الحاق ما سلف بالعدم يقال وهبت منك جريمتك كما يقال أقلت عثرتك أو جعلت ذلك كالعدم فى حق المؤاخذة به ألا ترى أنه يستعمل كل واحد منهما مكان الآخر فامكن جعل الهبة مجازا عن الاقالة عند تعذر العمل بالحقيقة بخلاف البيع فانه لا مقاربة بينه و بين الاقالة فتعذر جعله مجازا عنها فوقع لغوا وكذلك لو تصدق به عليه فهو على التفصيل الذى ذكرنا ولو وهب لغير البائع أو تصدق به على غير البائع وأمر بالقبض من البائع أو رهنه عند آخر وأمره أن يقبض من البائع فقبضه بامره أو أقرضه وأمره بالقبض لم تجز هذه العقود كلها عند أبى يوسف وعند محمد جازت (وجه) قول محمد ان صحة هذه العقود بالقبض فاذا أمره بالقبض فقد أنابه مناب نفسه فى القبض فصار بمنزلة الوكيل له فاذا قبض بامره يصير قابضا عنه أولا بطريق النيابة ثم لنفسه فيصح ولابى يوسف أن جواز هذه العقود مبنى على الملك المطلق وهو ملك الرقبة واليد جميعا لان به يقع الامن عن غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه وغرر الانفساخ ههنا ثابت فلم يكن الملك مطلقا فلم يجز ولو أوصى به لرجل قبل القبض ثم مات جازت الوصية لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض صار ذلك ميراثا لورثته كذا الوصية ولو قال المشترى للبائع بعه لى لم يكن نقضا بالاجماع وان باعه لم يجز بيعه ولو قال بعه لنفسك كان نقضا بالاجماع ولو قال بعه مطلقا كان نقضا عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يكون نقضا (وجه) قوله أن اطلاق الامر بالبيع ينصرف الى البيع للآمر

لا للمأمور لان الملك له لا للمأمور فصار كانه قال له بعه لى ولو نص عليه لا يكون نقضا للبيع لانه أمره ببيع فاسد فكذا هذا ولهما أن مطلق الامر بالبيع يحمل على بيع صحيح يصح ولو حملناه على البيع للآمر لما صح لانه يكون أمرا ببيع من لا يملك بنفسه فلا يصح فيحمل على البيع لنفسه كانه نص عليه فقال بعه لنفسك ولا يتحقق البيع لنفسه الا بعد انفساخ البيع الاول فيتضمن الامر بالبيع لنفسه انفساخ البيع الاول فينفسخ مقتضى الامر كما فى قول الرجل لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ولو قال المشترى للبائع اعتقه فاعتقه البائع فاعتاقه جائز عن نفسه عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف اعتاقه باطل ( وجه ) قول أبى يوسف أن مطلق الامر بالاعتاق ينصرف الى الاعتاق عن الآمر لا عن نفسه لان الملك للآمر والاعتاق عنه بمنزلة القبض والبائع لا يصلح نائبا عن المشترى فى القبض عنه فلا يصلح نائبا عنه فى الاعتاق ولابى حنيفة رحمه الله أن الامر بالاعتاق يحمل على وجه يصح ولو حمل على الاعتاق عن الآمر لم يصح لما ذكرتم فيحمل على الاعتاق عن نفسه فاذا أعتق يقع عنه ( وأما ) بيع المشترى العقار قبل القبض فجائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف استحسانا وعند محمد وزفر والشافعى رحمهم الله لا يجوز قياسا واحتجوا بعموم النهى الذى روينا ولان القدرة على القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا ولا قدرة الا بتسليم الثمن وفيه غرر ولهما عمومات البياعات من الكتاب العزيز من غير تخصيص ولا يجوز تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا أو نحمله على المنقول توفيقا بين الدلائل صيانة لها عن التناقض ولان الاصل فى ركن البيع اذا صدر من الاهل فى المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر فبقى بيعه على حكم الاصل وكما لا يجوز بيع المشترى المنقول قبل القبض لا يجوز بيع الاجرة المنقولة قبل القبض اذا كانت عينا وبدل الصلح المنقول اذا كان عينا والاصل أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ فيه العقد بهلاكه قبل القبض لا يجوز التصرف فيه كالمبيع والاجرة وبدل الصلح اذا كان منقولا معينا وكل عوض ملك بعقد لا ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر وبدل الخلع وبدل العتق وبدل الصلح عن دم العمد وفقه هذا الاصل ما ذكرنا ان الاصل هو الصحة فى التصرف الصادر من الاهل المضاف الى المحل والفساد بعارض غرر الانفساخ ولا يتوهم ذلك فى هذه التصرفات لانها لا تحتمل الفسخ فكان القول بجواز هذه التصرفات عملا بالاصل وانه واجب وكذلك الميراث يجوز التصرف فيه قبل القبض لان معنى الغرر لا يتقرر فيه ولان الوارث خلف الميت فى ملك الموروث وخلف الشئ قائم مقامه كانه هو فكان المورث قائم ولو كان قائما لجاز تصرفه فيه كذا الوارث وكذلك الموصى به بان أوصى الى انسان بشئ ثم مات الموصى فللموصى له أن يتصرف قبل القبض لان الوصية أخت الميراث ويجوز التصرف فى الميراث قبل القبض فكذا فى الموصى به وهل يجوز بيع المقسوم بعد القسمة قبل القبض ينظر ان كان ما وقع عليه القسمة مما يجبر عليه الشركاء اذا طلبها واحد منهم جاز لواحد منهم أن يبيع نصيبه بعد القسمة قبل القبض سواء كان منقولا أو غير منقول لان القسمة فى مثله افراز وان كان مما لا يجبر عليه الشركاء عند طلب واحد منهم كالاشياء المختلفة والرقيق على قول أبى حنيفة لا يجوز بيعه قبل القبض ان كان منقولا وان كان عقارا فعلى الاختلاف الذى ذكرنا لان قسمة هذه الاشياء فيها معنى المبادلة فتشبه البيع والله عز اسمه أعلم (وأما) بيع الدين قبل القبض فنقول وبالله التوفيق الديون أنواع (منها) ما لا يجوز بيعه قبل القبض ومنها ما يجوز أما الذى لا يجوز بيعه قبل القبض فنحو رأس مال السلم لعموم النهى ولان قبضه فى المجلس شرط وبالبيع يفوت القبض حقيقة وكذا المسلم فيه لانه مبيع لم يقبض وكذا لو باع رأس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لا يجوز استحسانا والقياس أن يجوز وهو قول زفر ( وجه ) القياس أن عقد السلم ارتفع بالاقالة لانها فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كانه لم يكن واذا ارتفع العقد من الاصل عاد رأس المال الى قديم ملك رب المال فكان محلا للاستبدال كما كان قبل السلم ولهذا يجب قبض رأس المال بعد

الاقالة فى مجلس الاقالة ( وجه ) الاستحسان عموم النهى الذى روينا الا من حيث خص بدليل وفى الباب نص خاص وهو ماروى أبوسعيد الخدرى رضى الله عنه عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال لرب السلم لا تأخذ الا سلمك أورأس مالك وفى رواية خذ سلمك أورأس مالك نهى النبى عليه الصلاة والسلام رب السلم عن الاخذ عاما واستثنى أخذ السلم أورأس المال فبقى أخذ ماوراءهما على أصل النهى وكذا اذا انفسخ السلم بعد صحته لمعنى عارض نحو ذمى اسلم الى ذمى عشرة دراهم فى خمر ثم اسلما أوأسلم أحدهما قبل قبض الخمر حتى بطل السلم ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لا يجوز لرب السلم الاستبدال استحسانا لما روينا ولو كان السلم فاسدا من الاصل ووجب على المسلم اليه رد رأس المال لفساد السلم يجوز الاستبدال لان السلم اذا كان فاسدا فى الاصل لا يكون له حكم السلم فكان رأس مال السلم بمنزلة سائر الديون من القرض وثمن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك ( وأما ) بدل الصرف فلا يجوز بيعه قبل القبض فى الابتداء وهو حال بقاء العقد ويجوز فى الانتهاء وهو ما بعد الاقالة بخلاف رأس مال السلم فانه لا يجوز بيعه فى الحالين ( ووجه ) الفرق أن القياس جواز الاستبدال بعد الاقالة فى الناس جميعا لما ذكرنا أن الاقالة فسخ وفسخ العقد رفعه من الاصل كان لم يكن ولو لم يكن العقد لجاز الاستبدال فكذا اذا رفع والحق بالعدم فكان ينبغى أن يجوز الاستبدال فيهما جميعا الا أن الحرمة فى باب السلم ثبتت نصا بخلاف القياس وهو ما روينا والنص ورد فى السلم فبقى جواز الاستبدال بعد الاقالة فى الصرف على الاصل وكذا الثياب الموصوفة فى الذمة المؤجلة لا يجوز بيعها قبل القبض للنهى سواء كان ثبوتها فى الذمة بعقد السلم أوغيره لأن الثياب كما تثبت فى الذمة مؤجلة بطريق السلم تثبت دينا فى الذمة مؤجلة لا بطريق السلم بان باع عبدا بثوب موصوف فى الذمة مؤجل فانه يجوز بيعه ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل ان قبض العبد ليس بشرط وقبض رأس مال السلم شرط جواز السلم وكذا اذا أجر داره بثوب موصوف فى الذمة مؤجل جازت الاجارة ولا يكون سلما وكذا لو ادعى عينا فى يد رجل فصالحه من دعواه على ثوب موصوف فى الذمة مؤجل جاز الصلح ولا يكون هذا سلما ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه وان لم يكن ثبوته بعقد السلم فهذه جملة الديون التى لا يجوز بيعها قبل القبض وما سواها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المغصوب والمستهلك ونحوها فيجوز بيعها ممن عليه قبل القبض وقال الشافعى رحمه الله ثمن المبيع اذا كان عينا لا يجوز بيعه قبل القبض قولا واحدا وان كان دينا لا يجوز فى أحد قوليه أيضا بناء على أن الثمن والمثمن عنده من الاسماء المترادفة يقعان على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا فكان بيع المبيع قبل القبض وكذا النهى عن بيع ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن وأما على أصلنا فالمبيع والثمن من الاسماء المتباينة فى الاصل يقعان على معنيين متباينين على ما نذكره ان شاء الله تعالى فى موضعه ولا حجة له فى عموم النهى لان بيع ثمن المبيع ممن عليه صار مخصوصا بحديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما على ما نذكره (وأما) بيع هذه الديون من غير من عليه والشراء بها من غير من عليه فينظر ان أضاف البيع والشراء الى الدين لم يجز بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذى فى ذمة فلان بكذا أو يقول اشتريت منك هذا الشىء بالدين الذى فى ذمة فلان لان ما فى ذمة فلان غير مقدور التسليم فى حقه والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر بخلاف البيع والشراء بالدين ممن عليه الدين لان ما فى ذمته مسلم له وان لم يضف العقد الى الدين الذى عليه جاز ولو اشترى شيأ بثمن دين ولم يضف العقد الى الدين حتى جاز ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى له عليه جازت الحوالة سواء كان الدين الذى أحيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض أولا يجوز كالسلم ونحوه وذكر الطحاوى رحمه الله انه لا تجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض وهذا غير سديد لان هذا توكيل بقبض الدين فان المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان ويكون قبض وكيله كقبض موكله ولو باع هذا الدين ممن عليه الدين جاز بأن اشترى منه شيأ بعينه بدينه الذى له فى ذمته لانه باع ما هو مقدور التسليم عند الشراء لان ذمته فى

يده بخلاف الاول وكذا اذا صالح معه من دينه على شيء بعينه جاز الصلح والله سبحانه وتعالى اعلم (ومنها) أن يكون البدل منطوقا به فى أحد نوعى المبادلة وهى المبادلة القولية فان كان مسكوتا عنه فالبيع فاسد بأن قال بعت منك هذا العبد وسكت عن ذكر الثمن فقال المشترى اشتريت لما ذكرنا ان البيع فى اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وفى الشرع مبادلة المال بالمال فاذا لم يكن البدل منطوقا به ولا بيع بدون البدل اذ هو مبادلة كان بدله قيمته فكان هذا بيع العبد بقيمته وانه فاسد وهكذا السبيل فى البياعات الفاسدة انها تكون بيعا بقيمة المبيع على ما نذكر فى موضعه هذا اذا سكت عن ذكر الثمن فأما اذا نفاه صريحا بأن قال بعتك هذا العبد بغير ثمن أو بلا ثمن فقال المشترى اشتريت اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا والسكوت عن الثمن سواء والبيع فاسد وقال بعضهم البيع باطل (وجه) قول الاولين ان قوله بلا ثمن باطل لان البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكرا للبدل فاذا قال بغير ثمن فقد نفى ما أثبته فبطل قوله بلا ثمن وبقى قوله بعت مسكوتا عن ذكر الثمن فكأنه باع وسكت عن ذكر الثمن (وجه) قول الآخرين ان عند السكوت عن ذكر الثمن يصير البدل مذكورا بطريق الدلالة فاذا نص على نفى الثمن بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعا أصلا والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن الربا وان شئت قلت ومنها المماثلة بين البدلين فى أموال الربا حتى لو انتفت فالبيع فاسد لانه بيع ربا والبيع الذى فيه ربا فاسد لان الربا حرام بنص الكتاب الكريم قال الله عز وجل وحرم الربا والكلام فى مسائل الربا فى الاصل فى ثلاثة مواضع أحدها فى بيان الربا فى عرف الشرع انه ما هو والثانى فى بيان علته انها ما هى والثالث فى بيان شرط جريان الربا (أما) الاول فالربا فى عرف الشرع نوعان ربا الفضل وربا النساء (أما) ربا الفضل فهو زيادة عين مال شرطت فى عقد البيع على المعيار الشرعى وهو الكيل أو الوزن فى الجنس عندنا وعند الشافعى هو زيادة مطلقة فى المطعوم خاصة عند اتحاد الجنس خاصة (وأما) ربا النساء فهو فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين فى المكيلين أو الموزونين عند اختلاف الجنس أو فى غير المكيلين أو الموزونين عند اتحاد الجنس عندنا وعند الشافعى رحمه الله هو فضل الحلول على الاجل فى المطعومات والاثمان خاصة والله تعالى أعلم (وأما) الثانى وهو بيان العلة فنقول الاصل المعلول فى هذا الباب باجماع القائسين الحديث المشهور وهو ما روى أبو سعيد الخدرى وعبادة بن الصامت رضى الله عنهما عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والتمر بالتمر مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربا أى بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد وروى مثل بمثل بالرفع أى بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد جائز فهذا النص معلول باتفاق القائسين غير انهم اختلفوا فى العلة قال أصحابنا علة ربا الفضل فى الاشياء الاربعة المنصوص عليها الكيل مع الجنس وفى الذهب والفضة الوزن مع الجنس فلا تتحقق العلة الا باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس وعلة ربا النساء هى احد وصفى علة ربا الفضل اما الكيل أو الوزن المتفق أو الجنس وهذا عندنا وعند الشافعى علة ربا الفضل فى الاشياء الاربعة الطعم وفى الذهب والفضة الثمنية فى قول وفى قول هما غير معلولين وعلة ربا النساء ما هو علة ربا الفضل وهى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان دون الجنس اذ الاصل عنده حرمة بيع المطعوم بجنسه (وأما) التساوى فى المعيار الشرعى مع اليد مخلص من الحرمة بطريق الرخصة احتج الشافعى لاثبات هذا الاصل بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء هذا الاصل يدل على ان الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه وانما الجواز بعارض التساوى فى المعيار الشرعى لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام بالطعام مطلقا واستثنى حالة المساواة فيدل على أن الحرمة هى الاصل فى بيع المطعوم بالمطعوم من غير فصل بين القليل والكثير وفيه دليل أيضا على جعل الطعم علة لانه أثبت الحكم عقيب اسم مشتق من معنى والاصل ان الحكم اذا ثبت عقيب اسم مشتق من معنى

يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور كقوله تعالى جل وعلا والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وقوله سبحانه
وتعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة ولان
العلة اسم لوصف مؤثر فى الحكم ووصف الطعم مؤثر فى حرمة بيع المطعوم والحكم متى ثبت عقيب وصف مؤثر يحال
اليه كما فى الزنا والسرقة ونحو ذلك وبيان تأثير الطعم انه وصف ينبئ عن العزة والشرف لكونه متعلق البقاء وهذا يشعر
بعزته وشرفه فيجب اظهار عزته وشرفه وذلك فى تحريم بيع المطعوم بجنسه وتعليق جوازه بشرطى التساوى فى المعيار
الشرعى واليدلان فى تعلقه بشرطين تضييق طريق اصابته وما ضاق طريق اصابته يعز وجوده فيعز امساكه ولا
يهون فى عين صاحبه فكان الاصل فيه هو الحظر ولهذا كان الاصل فى الابضاع الحرمة والحظر والجواز بشرطى
الشهادة والولى اظهارا لشرفها لكونها منشأ البشر الذين هم المقصودون فى العالم وبهم قوامها والابضاع وسيلة الى
وجود الجنس والقوت وسيلة الى بقاء الجنس فكان الاصل فيها الحظر والجواز بشرطين ليعز وجوده ولا تتيسر
اصابته فلا يهون امساكه فكذا هذا وكذا الاصل فى بيع الذهب والفضة بجنسهما هو الحرمة لكونهما أثمان الاشياء
فيها وعليها فكان قوام الاموال والحياة بها فيجب اظهار شرفها فى الشرع بما قلنا (ولنا) فى اثبات الاصل اشارات
النصوص من الكتاب العزيز والسنة والاستدلال (أما) الكتاب فقوله تعالى أوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين
وزنوا بالقسطاس المستقيم ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تعثوا فى الارض مفسدين وقال سبحانه وتعالى و ياقوم
أوفوا المكيال والميزان بالقسط ولا تبخسوا الناس أشياءهم ولا تفسدوا فى الارض بعد اصلاحها جعل حرمة الربا
بالمكيل والموزون مطلقا عن شرط الطعم فدل على ان العلة هى الكيل والوزن وقال سبحانه وتعالى ويل للمطففين
الذين اذا اكتالوا على الناس يستوفون واذا كالوهم أو وزنوهم يخسرون ألحق الوعيد الشديد بالتطفيف فى الكيل
والوزن مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغيره (وأما) السنة فما روى ان عامل خيبر أهدى الى رسول الله صلى الله
عليه وسلم تمرا جنيبا فقال أوكل تمر خيبر هكذا فقال لا ولكنى أعطيت صاعين وأخذت صاعا فقال عليه الصلاة
والسلام أربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا وكذلك الميزان وأراد به الموزون بطريق الكناية
لمجاورة بينهما مطلقا من غير فصل بين المطعوم وغير المطعوم وكذا روى مالك بن أنس ومحمد بن اسحق الحنظلى
باسنادهما الحديث المشهور الذى رواه محمد فى كتاب البيوع عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال فى آخره
وكذلك كل ما يكال أو يوزن (وأما) الاستدلال فهو ان الفضل على المعيار الشرعى من الكيل والوزن فى الجنس انما
كان ربا فى المطعومات والأثمان من الاشياء الستة المنصوص عليها لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز
عنه فى عقد المعاوضة وقد وجد فى الجص والحديد ونحوهما فورود الشرع ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وبيان ذلك
ان البيع لغة وشرعا مبادلة المال بالمال وهذا يقتضى التساوى فى البدلين على وجه لا يخلو كل جزء من البدل من هذا
الجانب عن البدل من ذلك الجانب لان هذا هو حقيقة المبادلة ولهذا لا يملك الاب والوصى بيع مال اليتيم بغبن فاحش
ولا يصح من المريض الا من الثلث والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة صورة ومعنى وكذلك الدينار مع الدينار
(أما) الصورة فلأنهما متماثلان فى القدر وأما معنى فان المجانسة فى الاموال عبارة عن تقارب المالية فكان القفيز
مثلا للقفيز والدينار مثلا للدينار ولهذا لو أتلف على آخر قفيزا من حنطة يلزمه قفيز مثله ولا يلزمه قيمته واذا كان القفيز
من الحنطة مثلا للقفيز من الحنطة كان القفيز الزائد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه فى عقد المعاوضة
فكان ربا وهذا المعنى لا يخص المطعومات والأثمان بل يوجد فى كل مكيل بجنسه وموزون بمثله فالشرع الوارد هناك
يكون واردا ههنا دلالة (وأما) قوله الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه فممنوع ولا حجة له فى الحديث لانه عليه الصلاة
والسلام ما اقتصر على النهى عن بيع الطعام بالطعام ليجعل الحظر فيه أصلا بل قرن به الاستثناء فقال عليه الصلاة
والسلام الا سواء بسواء فلا يدل على كون الحرمة فيه أصلا وقوله جعل الطعم علة دعوى ممنوعة أيضا والاسم

المشتق من معنى انما يجعل علة للحكم المذكور عقيبه عندنا اذا كان له أثر كالزنا والسرقة ونحوهما فلم قلتم بأن للطعم أثرا وكونه متعلق البقاء لا يكون أثره في الاطلاق أولى من الحظر فان الاصل فيه هو التوسيع دون التضييق على ماعرف والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا الاصل تبنى مسائل الربا نقدا ونسيئة وفروع الخلاف بيننا وبين الشافعي أما ربا النقد ففائدة الخلاف فيه تظهر في موضعين أحدهما في بيع مكيل بجنسه غير مطعوم أو موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن كبيع قفيز جص بقفيزي جص و بيع من حديد بمنوى حديد عندنا لا يجوز لانه بيع ربا لوجود علة الربا وهو الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس وعنده يجوز لان العلة هي الطعم أو الثمنية ولم يوجد وعلى هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه من المكيلات والموزونات غير المطعومات والاثمان كالنورة والزرنيخ والصفر والنحاس ونحوها (وأما) بيع المكيل المطعوم بجنسه متفاضلا و بيع الموزون المطعوم بجنسه متفاضلا كبيع قفيز أرز بقفيزي أرز و بيع من سكر بمنوى سكر فلا يجوز بالاجماع أما عندنا فلوجود القدر والجنس وعنده لوجود الطعم والجنس وكذا كل موزون هو مأكول أو مشروب كالدهن والزيت والخل ونحوها و يجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا مطعوما كان أو غير مطعوم بعد أن يكون يدا بيد كبيع قفيز حنطة بقفيزي شعير و بيع قفيز جص بقفيزي نورة ونحو ذلك لان علة الربا الفضل مجموع الوصفين وقد انعدم أحدهما وهو الجنس وكذا بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جائز ثمنين كانا أو مثمنين بعد أن يكون يدا بيد كبيع دينار بمائة درهم و بيع من حديد بمنوى نحاس أو رصاص ونحو ذلك لما قلنا ويجوز بيع المذروعات والمعدودات المتفاوتة واحدا باثنين يدا بيد كبيع ثوب بثوبين وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك بالاجماع أما عندنا فلانعدام أحد الوصفين وهو الكيل والوزن وعنده لانعدام الطعم والثمنية (وأما) بيع الاواني الصفرية واحدا باثنين كبيع قمقمة بقمقمتين ونحو ذلك فان كان مما يباع عددا يجوز لان العدد في العدديات ليس من أوصاف علة الربا فلا يتحقق الربا وان كان مما يباع وزنا لا يجوز لانه بيع مال الربا بجنسه مجازفة ويجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف بعد أن يكون يدا بيد كبيع الفلس بالفلسين باعيانهما وعند محمد لا يجوز (وجه) قوله أن الفلوس أثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم والدنانير ودلالة الوصف عبارة عما تقدر به مالية الاعيان ومالية الاعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت أثمانا ولهذا كانت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وعند مقابلتها بجنسها حالة المساواة وان كانت ثمنا فالثمن لا يتعين وان عين كالدراهم والدنانير فالتحق التعيين فيهما بالعدم فكان بيع الفلس بالفلسين بغير أعيانهما وذا لا يجوز ولانها اذا كانت أثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقي الآخر فضل مال لا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولهما) أن علة ربا الفضل هي القدر مع الجنس وهو الكيل أو الوزن المتفق عند اتحاد الجنس والمجانسة ان وجدت ههنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربا وقوله الفلوس أثمان قلنا ثمنيتها قد بطلت في حقهما قبل البيع فالبيع صادفها وهي سلع عددية فيجوز بيع الواحد بالاثنين كسائر السلع العددية كالقماقم العددية وغيرها الا أنها بقيت أثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وبجنسها حالة المساواة لان خروجها عن وصف الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازه لانهما قصدا الصحة ولا صحة الا بما قلنا ولا ضرورة ثمة لان البيع جائز في الحالين بقيت على صفة الثمنية أو خرجت عنها والثاني في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها أو بطيخة ببطيختين أو تفاحة بتفاحتين أو بيضة ببيضتين أو جوزة بجوزتين يجوز عندنا لعدم العلة وهي الكيل مع الجنس أو الوزن وعنده لا يجوز لوجود الطعم والجنس وكذا لو باع حفنة بحفنة أو تفاحة بتفاحة أو بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز لوجود الطعم لان حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده والتساوي في الكيل أو الوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ولم يوجد المخلص فبقي على أصل الحرمة (وأما) ربا النساء وفروعه وفائدة الاختلاف فيه فلا صل فيه ماروى عن ابراهيم النخعي أنه قال أسلم

مايكال فيما يوزن وأسلم مايوزن فيما يكال ولا تسلم مايكال فيما يكال ولا مايوزن فيما يوزن واذا اختلف النوعان مما يكال أو يوزن فلا بأس به اثنان بواحد يدا بيد ولا خير فيه نسيئة ولا بد من شرح هذه الجملة وتفصيل مايحتاج منها الى التفصيل لانه رحمه الله أجرى القضية فيها عامة ومنها مايحتمل العموم ومنها مالا يحتمل فلا بد من بيان ذلك فنقول وبالله التوفيق لايجوز اسلام المكيلات فى المكيلات على العموم سواء كانا مطعومين كالحنطة فى الحنطة أو فى الشعير أو غير مطعومين كالجص فى الجص أو فى النورة وكذلك بيع المكيل بالمكيل حالا لاسلما لكن دينا موصوفا فى الذمة لايجوز سواء كانا من جنس واحد أو من جنسين مطعومين كانا أو غير مطعومين عندنا لان أحد وصفى علة ربا الفضل جمعهما وهو الكيل وعند الشافعى رحمه الله ان كانا مطعومين فكذلك وان لم يكونا مطعومين جاز لان العلة عنده الطعم (وأما) اسلام الموزونات فى الموزونات ففيه تفصيل ان كانا جميعا مما يتعينان فى العقد لايجوز أيضا سواء كانا مطعومين كالسكر فى الزعفران أو غير مطعومين كالحديد فى النحاس لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل الذى هو علة تامة لربا النساء وعند الشافعى يجوز فى غير المطعوم ولا يجوز فى المطعوم لما قلنا وان كانا مما لا يتعينان فى العقد كالدراهم فى الدنانير والدنانير فى الدراهم أو الدراهم فى الدراهم والدنانير فى الدنانير أو لا يتعين المسلم فيه كالحديد فى الدراهم والدنانير لايجوز لان المسلم فيه مبيع لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم فهذا يقتضى ان يكون السلم بيع ماليس عند الانسان لانه رخص فى بعض مادخل تحت النهى والداخل تحت النهى هو البيع دل ان السلم نوع بيع ليستقيم اثبات الرخصة فيه فكان المسلم فيه مبيعا والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعا فى عقود المعاوضات فلم يكونا متعينين فلا يصلحان مسلما فيهما وان كان رأس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كما لو أسلم الدراهم أو الدنانير فى الزعفران أو فى القطن أو الحديد وغيرها من سائر الموزونات فانه يجوز لانعدام العلة وهى القدر المتفق أو الجنس أما المجانسة فظاهرة الانتفاء وأما القدر المتفق فلان وزن الثمن يخالف وزن المثمن ألا ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا هذا اذا أسلم الدراهم أو الدنانير فى سائر الموزونات فاما اذا أسلم نقرة فضة أو تبر ذهب أو المصوغ فيها فهل يجوز ذكر الاختلاف فيه بين أبى يوسف وزفر على قول أبى يوسف يجوز وعلى قول زفر لايجوز (وجه) قول زفر أنه وجد علة ربا النساء وهى أحد وصفى علة ربا الفضل وهو الوزن فى المالين فيتحقق الربا (وجه) قول أبى يوسف ان أحد الوصفين الذى هو علة القدر المتفق لا مطلق القدر ولم يوجد لان النقرة أو التبر من جنس الاثمان وأصل الاثمان ووزن الثمن يخالف وزن المثمن على ماذكرنا فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربا كما اذا أسلم فيها الدراهم والدنانير ولو أسلم فيها الفلوس جاز لان الفلس عددى والعدد فى العدديات ليس من أوصاف العلة ولو أسلم فيها الاوانى الصفرية ينظر ان كانت تباع وزنا لم يجز لوجود الوزن الذى هو أحد وصفى علة ربا الفضل وان كانت تباع عددية جاز لانعدام العلة وأما اسلام المكيلات فى الموزونات فهو أيضا على التفصيل فان كان الموزون مما يتعين بالتعيين يجوز سواء كانا مطعومين كالحنطة فى الزيت أو الزعفران أو غير مطعومين كالجص فى الحديد عندنا لعدم العلة وعند الشافعى لايجوز فى المطعومين لوجود العلة وان كان مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لايجوز لما مر ان شرط جواز السلم أن يكون المسلم فيه مبيعا والدراهم والدنانير أثمان أبدا بخلاف سائر الموزونات ثم اذا لم يجز هذا العقد سلما هل يجوز بيعا ينظر ان كان بلفظ البيع يجوز ويكون بيعا بثمن مؤجل لانه ان تعذر تصحيحه سلما أمكن تصحيحه بيعا بثمن مؤجل فيجعل بيعا به وان كان بلفظ السلم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لايجوز لان السلم يخالف مطلق البيع فى الاحكام والشرائط فاذا لم يصح سلما بطل رأسا وقال بعضهم يجوز لان السلم نوع بيع ألا ترى ان النبى عليه الصلاة والسلام سماه بيعا حين نهى عن بيع ماليس عند الانسان ورخص فى السلم ولهذا ينعقد بلفظ البيع الا أنه اختص بشرائط مخصوصة فاذا تعذر تصحيحه بيعا هو سلم يصحح بيعا بثمن

مؤجل

مؤجل تصحيحاً للتصرف بالقدر الممكن وأما اسلام الموزونات في المكيلات فجائز على العموم سواء كان الموزون الذي جعله رأس المال عرضا يتعين بالتعيين أو ثمنا لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لانه لم يجمعها أحد الوصفين وهو القدر المتفق أو الجنس فلم توجد العلة ولو أسلم جنسا في جنسه وغير جنسه كما اذا أسلم مكيلا في مكيل وموزون لم يجز السلم في جميعه عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجوز في حصة خلاف الجنس وهو الموزون وهو على اختلافهم فيمن جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وقد ذكرناه فيما تقدم (وأما) اسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعيات والعدديات كالهروي في الهروي والمروي في المروي والحيوان في الحيوان فلا يجوز عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجوز ولقب هذه المسئلة أن الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا وعنده لا يحرم فلا يجوز اسلام الجوز في الجوز والبيض في البيض والتفاح في التفاح والحفنة في الحفنة بالاجماع لوجود الجنس عندنا ولوجود الطعم عنده وأجمعوا على انه يجوز اسلام الهروي في المروي لانعدام أحد الوصفين عندنا وعنده لانعدام الطعم والثمنية ويجوز اسلام الجوز في البيض والتفاح في السفرجل والحيوان في الثوب عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز في المطعوم لوجود الطعم ولو أسلم الفلوس في الفلوس لا يجوز عندنا لوجود الجنس وعنده لوجود الثمنية وكذا اذا أسلم الاواني الصفرية في جنسها وهي تباع عددا لا يجوز عندنا لوجود المجانسة وعنده لوجود الثمنية والكلام في مسئلة الجنس بانفراده مبني على الكلام في مسئلة الربا وأصل الشافعي فيها ماذكرنا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه وحرمة بيع الاثمان بجنسها هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة أو ربا النساء عنده هو فضل الحلول على الاجل في المطعومات والثمنية في الاثمان وقد ذكرنا ماله من الدليل على صحة هذا الاصل فيما تقدم والكلام لاصحابنا في هذه المسئلة على نحو ماذكرنا في علة ربا الفضل وهو ان السلم في المطعومات والاثمان انما كان ربا لكونه فضلا خاليا عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة لان البيع عقد مبادلة على طريق المقابلة والمساواة في البدلين ولهذا لو كانا نقدين يجوز ولا مساواة بين النقد والنسيئة لان العين خير من الدين والمعجل اكثر قيمة من المؤجل فكان ينبغي أن يكون كل فضل مشروط في البيع ربا سواء كان الفضل من حيث الذات أو من حيث الاوصاف الا ما لا يمكن التحرز عنه دفعا للحرج وفضل التعيين يمكن التحرز عنه بأن يبيع عينا بعين وحالا غير مؤجل وهذا المعنى موجود في غير المطعوم والاثمان فورود الشرع ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وابتداء الدليل لنا في المسئلة ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا ربا الا في النسيئة وروي انما الربا في النسيئة حقق عليه الصلاة والسلام الربا في النسيئة من غير فصل بين المطعوم والاثمان وغيرها فيجب القول بتحقيق الربا فيها على الاطلاق والعموم الا ما خص أو قيد بدليل والربا حرام بنص الكتاب العزيز واذا كان الجنس أحد وصفي علة ربا الفضل وعلة ربا النسيئة عندنا وشرط علة ربا الفضل عنده فلا بد من معرفة الجنس من كل ما يجري فيه الربا فنقول وبالله التوفيق الحنطة كلها على اختلاف أنواعها وأوصافها وبلدانها جنس واحد وكذلك الشعير وكذلك دقيقهما وكذا سويقهما وكذلك التمر وكذلك الملح وكذلك العنب وكذلك الزبيب وكذلك الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه متفاضلا في الكيل وان تساويا في النوع والصفة بلا خلاف واما متساويا في الكيل متفاضلا في النوع والصفة فنقول لا خلاف في انه يجوز بيع الحنطة بالحنطة السقية بالسقية والنحسية بالنحسية واحداهما بالاخرى والجيدة بالجيدة والرديئة بالرديئة واحداهما بالاخرى والجديدة بالجديدة والعتيقة بالعتيقة واحداهما بالاخرى والمقلوة بالمقلوة وكذلك الشعير على هذا وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة بدقيق الحنطة وسويق الحنطة بسويق الحنطة وكذا دقيق الشعير وسويقه وكذا التمر بالتمر البرني بالمعقلي والجيد بالرديء والجديد بالجديد والعتيق بالعتيق وأحدهما بالآخر وكذلك العنب بالعنب والزبيب اليابس بالزبيب اليابس ولا خلاف في انه لا يجوز بيع حنطة مقلية بحنطة غير مقلية والمطبوخة بغير مطبوخة وبيع

الحنطة بدقيق الحنطة وبسويق الحنطة وبيع تمر مطبوخ بتمر غير مطبوخ متفاضلا فى الكيل أو متساويا فيه لان المقلية ينضم بعض أجزائها الى بعض يعرف ذلك بالتجربة فيتحقق الفضل من حيث القدر فى الكيل فيتحقق الربا وكذا المطبوخة بغير المطبوخة لان المطبوخ ينتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة أكثر قدرا عند العقد فيتحقق الفضل وكذلك بيع الحنطة بدقيق الحنطة لان فى الحنطة دقيقاً الا انه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التركيب وذلك أكثر من الدقيق المتفرق عرف ذلك بالتجربة الا ان الحنطة اذا طحنت ازداد دقيقها على المتفرق ومعلوم ان الطحن لا أثر له فى زيادة القدر فدل انه كان أزيد فى الحنطة فيتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند العقد فيتحقق الربا وأما بيع الحنطة المبلولة أو الندية بالندية أو الرطبة بالرطبة أو المبلولة بالمبلولة أو اليابسة باليابسة وبيع التمر بالرطب والرطب بالرطب أو بالتمر والمنقع بالمنقع والعنب بالزبيب اليابس واليابس بالمنقع والمنقع بالمنقع متساويا فى الكيل فهل يجوز قال أبو حنيفة رحمه الله كل ذلك جائز وقال أبو يوسف رحمه الله كله جائز الا بيع التمر بالرطب وقال محمد رحمه الله كله فاسد الا بيع الرطب بالرطب والعنب بالعنب وقال الشافعى رحمه الله كله باطل ويجوز بيع الكفرى بالتمر والرطب بالبسر متساويا ومتفاضلا بالاجماع لعدم الجنس والكيل اذ هو اسم لوعاء الطلع فأبو حنيفة رحمه الله يعتبر المساواة فى الحال عند العقد ولا يلتفت الى النقصان فى المآل ومحمد رحمه الله يعتبرها حالا ومآلا واعتبار أبى يوسف مثل اعتبار أبى حنيفة الا فى الرطب بالتمر فانه يفسده بالنص وأصل الشافعى رحمه الله ماذكرنا فى مسئلة علة الربا ان حرمة بيع المطعوم بجنسه هى الاصل والتساوى فى المعيار الشرعى مع اليد مخلص الا انه يعتبر التساوى ههنا فى المعيار الشرعى فى أعدل الاحوال وهى حالة الجفاف واحتج أبو يوسف ومحمد بما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر وقال عليه الصلاة والسلام انه ينقص اذا جف بين عليه الصلاة والسلام الحكم وعلته وهى النقصان عند الجفاف فمحمد عدى هذا الحكم الى حيث تعدت العلة وأبو يوسف قصره على محل النص لكونه حكما ثبت على خلاف القياس ولابى حنيفة رحمه الله الكتاب الكريم والسنة المشهورة اما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله تعالى وأحل الله البيع وقوله عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فظاهر النصوص يقتضى جواز كل بيع الا ما خص بدليل وقد خص البيع متفاضلا على المعيار الشرعى فبقى البيع متساويا على ظاهر العموم وأما السنة المشهورة فحديث أبى سعيد الخدرى وعبادة بن الصامت رضى الله عنهما حيث جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والتمر بالتمر مثلا بمثل عاما مطلقا من غير تخصيص وتقييد ولا شك ان اسم الحنطة والشعير يقع على كل جنس الحنطة والشعير على اختلاف أنواعهما وأوصافهما وكذلك اسم التمر يقع على الرطب والبسر لانه اسم لتمر النخل لغة فيدخل فيه الرطب واليابس والمذنب والبسر والمنقع وروى ان عامل خيبر أهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيباً فقال عليه الصلاة والسلام أوكل تمر خيبر هكذا وكان أهدى اليه رطباً فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على الرطب وروى انه نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع التمر حتى يزهو أى يحمر أو يصفر وروى حتى يحمار أو يصفار والاحمرار والاصفرار من أوصاف البسر فقد أطلق عليه الصلاة والسلام اسم التمر على البسر فيدخل تحت النص وأما الحديث فمداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل فى معارضة الكتاب والسنة المشهورة ولهذا لم يقبله أبو حنيفة رحمه الله فى المناظرة فى معارضة الحديث المشهور مع انه كان من صيارفة الحديث وكان من مذهبه تقديم الخبر وان كان فى حد الآحاد على القياس بعد ان كان راويه عدلا ظاهر العدالة أو بأدلة فيحمله على بيع الرطب بالتمر نسيئة أو تمرا من مال اليتيم توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك الذهب والفضة لا يجوز بيع كل بجنسه متفاضلا فى الوزن سواء اتفقا فى النوع والصفة بان كانا مضروبين دراهم أو دنانير أو مصوغين أو تبرين جيدين أو رديئين أو اختلفا لحديث المشهور مثلا بمثل والفضل

رباوامامتساويا في الوزن متفاضلا في النوع والصفة كالمصوغ بالتبر والجيد بالردىء فيجوز عندنا وقال الشافعى رحمه الله لايجوز بيع الجيد بالردىء واحتج بالحديث المشهور مثلا بمثل ولا مماثلة بين الجيد والردىء في القيمة وأما الحديث المشهور مثلا بمثل فالمراد منه المماثلة في الوزن وكذا روى في بعض الروايات وزنا بوزن وقوله عليه الصلاة والسلام جيدها ورديئها سواء وبه تبين ان الجودة عند المقابلة بجنسها لاقيمة لها شرعا فلا يظهر الفضل واللحوم معتبرة بأصولها فان تجانس الاصلان تجانس اللحمان فتراعى فيه المماثلة ولايجوز الامتساويا وان اختلف الاصلان اختلف اللحمان فيجوز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا بعد ان يكون يدابيد ولايجوز نسيئة لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل وهو الوزن اذاعرف هذا فنقول لحوم الابل كلها على اختلاف أنواعها من لحوم العراب والبخاتى والهجين وذى السنامين وذى سنام واحد جنس واحد لان الابل كلها جنس واحد فكذا لحومها وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد ولحوم الغنم من الضأن والنعجة والمعز والتيس جنس واحد اعتبارا بالاصول وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد اتحدت أصولها أواختلفت حتى لايجوز بيع لحم الابل بالبقر والبقر بالغنم متفاضلا (وجه) قوله ان اللحمين استويا اسما ومنفعة وهى التغذى والتقوى فاتحد الجنس فلزم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض (ولنا) ان أصول هذه اللحوم مختلفة الجنس فكذا اللحوم لانها فروع تلك الاصول واختلاف الاصل يوجب اختلاف الفرع قوله الاسم شامل والمقصود متحد قلنا المعتبر في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام ألاترى ان المطعومات كلها في معنى الطعم متحدة ثم لايجعل كلها جنسا واحدا كالحنطة مع الشعير ونحو ذلك حتى يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا مع اتحادهما في معنى الطعم لكن لما كان ذلك معنى عاما لم يوجب اتحاد الجنس كذا هذا وروى عن أبى يوسف انه يجوز بيع الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كانا من جنس واحد لانه لايوزن عادة وعلى هذا الباب هذه الحيوانات حكمها حكم أصولها عند الاتحاد والاختلاف لانها متفرعة من الاصول فكانت معتبرة باصولها وكذا خل الدقل مع خل العنب جنسان مختلفان اعتبارا باصلهما واللحم مع الشحم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنافع وكذا مع الالية والالية مع الشحم جنسان مختلفان لما قلنا وشحم البطن مع شحم الظهر جنسان مختلفان وكذا مع الالية بمنزلة اللحم مع شحم البطن والالية لانه لحم سمين وصوف الشاة مع شعر المعز جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنفعة وكذا غزل الصوف مع غزل الشعر والقطن مع الكتان جنسان مختلفان وكذا غزل القطن مع غزل الكتان ولايجوز بيع غزل القطن بالقطن متساويا لان القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر كبيع الدقيق بالحنطة (وأما) الحيوان مع اللحم فان اختلف الاصلان فهما جنسان مختلفان كالشاة الحية مع لحم الابل والبقر فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة نقدا ونسيئة لانعدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربا أصلا وان اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة الحية مجازفة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعللوا لهما بانه باع الجنس بخلاف الجنس (ومنهم) من اعتبرهما جنسا واحدا وبنوا مذهبهما على أن الشاة ليست بموزونة وجريان ربا الفضل يعتمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر فيجوز بيع أحدهما بالآخر مجازفة ومفاضلة بعد أن يكون يدا بيد وهو الصحيح على ماعرف في الخلافيات وقال محمد لايجوز الاعلى وجه الاعتبار على أن يكون وزن اللحم الخالص اكثر من اللحم الذى في الشاة الحية بالحزر والظن فيكون اللحم بازاء اللحم والزيادة بازاء خلاف الجنس من الاطراف والسقط من الراس والاكارع والجلد والشحم فان كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذى في الشاة الحية أو أقل أولايدرى لايجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحية بشحم الشاة أو باليتها وهذا مذهب أصحابنا وقال الشافعى رحمه الله اللحوم كلها جنس واحد فلا يجوز بيع اللحم بالحيوان كيف ما كان سواء اتفق الاصلان أواختلفا باع مجازفة أو على طريق الاعتبار وأجمعوا على انه لايجوز بيع الشاة بلحم الشاة نسيئة لوجود الجنس المحرم للنساء لان اللحم الخالص من جنس اللحم الذى في الشاة

وأجمعوا على أنه لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم الا على طريق الاعتبار وهو أن يكون الدهن الخالص أكثر من الدهن الذى فى السمسم حتى يكون الدهن بازاء الدهن والزائد بازاء خلاف جنسه وهو الكسب وكذلك دهن الجوز بلب الجوز (وأما) دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يجوز مجازفة وقال بعضهم لا يجوز الا على طريق الاعتبار وأجمعوا على ان بيع النصال بالحديد غير المصنوع جائز مجازفة بعد أن يكون يدا بيد أما الكلام مع الشافعى رحمه الله فهو بنى مذهبه على اصل له ذكرناه غير مرة وهو ان حرمة بيع ما كول بجنسه هو العزيمة والجواز عند التساوى فى المعيار الشرعى رخصة ولا يعرف التساوى بين اللحم الخالص و بين اللحم الذى فى الشاة فيبقى على أصل الحرمة وقد أبطلنا هذا الاصل فى علة الربا (وأما) الكلام مع أصحابنا (فوجه) قول محمد رحمه الله أن فى تجويز المجازفة ههنا احتمال الربا فوجب التحرز عنه ما أمكن وأمكن بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته قياساً على بيع الدهن بالسمسم والدليل على أن فيه الربا أن اللحم موزون فيحتمل أن يكون اللحم المنزوع أقل من اللحم الذى فى الشاة وزنا فيكون شئ من اللحم مع السقط زيادة و يحتمل أن يكون مثله فى الوزن فيكون السقط زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرزاً عن الربا عند الامكان ولهذا لم يجز بيع الدهن بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طريق الاعتبار كذا هذا ولهذا قلنا ان هذا بيع الموزون بما ليس بموزون يداً بيد فيجوز مجازفة ومفاضلة استدلالا ببيع الحديد الغير المصنوع بالنصال مجازفة ومفاضلة يداً بيد ودلالة الوصف أن اللحم المنزوع وان كان موزونا فاللحم الذى فى الشاة ليس بموزون لان الموزون ماله طريق الى معرفة مقدار ثقله ولا طريق الى معرفة ثقل اللحم الذى فى الشاة لان الطريق اما أن يكون الوزن بالقبان واما أن يكون الاستدلال بالتجربة واما أن يكون بالحزر والتخمين من غير تفاوت فاحش وشئ من ذلك لا يصلح طريقا لمعرفة مقدار اللحم الذى فى الشاة (اما) الوزن بالقبان فلان الشاة لا توزن بالقبان عرفا ولا عادة ولو صلح الوزن طريقا فالوزن لان امكان الوزن ثابت والحاجة الى معرفة مقدار اللحم الذى فيها ماسة حتى يتعرف المشترى ذلك بالجس والمس باليد والرفع من الارض ونحو ذلك ولان الحى يثقل بنفسه مرة و يخف أخرى فيختلف وزنه فدل أن الوزن لا يصلح طريق المعرفة (وأما) التجربة فان ذلك بالذبح ووزن المذبوح ليعرف اللحم الذى كان فيها عند العقد بطريق الظهور لا يمكن لان الشاة تحتمل الزيادة والنقصان والسمن والهزال ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله حالة العقد بالتجربة (وأما) الحزر والظن فانه لا حزر لمن لا بصارة له فى هذا الباب بل يخطئ لا محالة ومن له بصارة يغلط أيضاً ظاهراً وغالباً و يظهر تفاوت فاحش فدل أنه لا طريق لمعرفة اللحم الذى فى الشاة الحية فلم يكن موزونا فلا يكون محلا للربا بالفضل بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم لان ذلك بيع الموزون بالموزون لانه يمكن معرفة مقدار الدهن فى السمسم بالتجربة بان يوزن قدر من السمسم فيستخرج دهنه فيظهر وزن دهنه الذى فى الجملة بالقياس عليه أو يعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذى كان فيها حالة العقد أو يعرف بالحزر والتخمين انه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت فاحش يلحق الضرر باحد العاقدين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون مجازفة فلم يجز لاحتمال الربا والله سبحانه وتعالى أعلم ولو باع شاة مذبوحة غير مسلوخة بلحم شاة لا يجوز الا على طريق الاعتبار بالاجماع لان اللحم الذى فى الشاة المذبوحة موزون فقد باع الموزون بجنسه و بخلاف جنسه فيراعى فيه طريق الاعتبار بخلاف اللحم الذى فى الشاة الحية فانه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربا فجازت المجازفة فيه ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة جاز بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه باع الموزون بما ليس بموزون فلا يتحقق الربا كما لو باع شاة حية بلحم الشاة وأما عند محمد فلان اللحم يقابل اللحم و زيادة اللحم فى احداهما مع سقطها يكون بمقابلة سقط الاخرى فلا يتحقق الربا وكذلك لو باع شاتين حيتين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة جاز بالاجماع على اختلاف الاصلين ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز و يكون اللحم بمقابلة اللحم وزيادة اللحم فى أحد الجانبين مع السقط يكون بمقابلة سقط

الاخرى

الاخرى ولو باع شاتين مذبوحتين مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز و يقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين بمقابلة سقط الاخرى ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة مذبوحة مسلوخة لا يجوز لان زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا يقابله عوض فيكون ربا ولو باع شاتين مسلوختين بشاة مسلوخة لا يجوز لانهما مالان جمعهما الوزن فلا يجوز بيع أحدهما بالآخر مفاضلة ومجازفة حتى لو كانا مستويين فى الوزن يجوز يداً بيد ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون ودهن الكتان بالكتان والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف بشاة على ظهرها صوف واللبن بحيوان فى ضرعه لبن من جنسه والتمر بارض ونخل عليه تمر والحنطة بارض فيها زرع قد أدرك ونحو ذلك من أموال الربا حتى يكون المفرد أكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة خلاف الجنس وسنذكر أجناس هذه المسائل فى مواضعها ان شاء الله تعالى هذا اذا قوبل بدل من جنس ببدل من جنسه أو ببدلين من جنسه أو من خلاف جنسه فاما اذا قوبل ابدال من جنسين مختلفين بابدال من جنسين مختلفين فان كان من غير أموال الربا فلا شك أنه يجوز وتقسم الابدال من أحد الجانبين بالابدال من الجانب الآخر قسمة توزيع واشاعة من حيث التقويم وان كان من أموال الربا فيجوز أيضاً عند أصحابنا الثلاثة ويصرف الجنس الى خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة اشاعة وتوزيع وعند زفر والشافعى لا يجوز ويقسم قسمة توزيع واشاعة من حيث القيمة كما فى غير أموال الربا وبيان ذلك فى مسائل اذا باع كر حنطة وكر شعير بكرى حنطة وكرى شعير جاز عند علمائنا الثلاثة وتصرف الحنطة الى الشعير والشعير الى الحنطة وعندهما لا يجوز وكذلك اذا باع درهما ودينارا بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم الى الدينارين والدينار الى الدرهمين (وجه) قول زفر والشافعى أن هذا بيع ربا فلا يجوز كبيع الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ودلالة الوصف أنه قابل الجملة بالجملة مطلقا ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقتضى انقسام كل بدل من أحد الجانبين بجميع الابدال من الجانب الآخر على سبيل الشيوع من حيث القيمة اذا كانت الابدال مختلفة القيم استدلالا بسائر البياعات فى غير أموال الربا فانه اذا باع عبدا وجارية بفرس وثوب وقيمتهما مختلفة يقسم العبد على قيمة الفرس والثوب وكذا الجارية حتى لو وجد بواحد من الجملة عيبا يرده بحصته من البدلين وكذا لو استحق واحد منهما يرده بحصته من البدلين على البائع وكذا لو كان أحد البدلين داراً فالشفيع يأخذها بحصتها من البدلين فكان التقسيم على الوجه الذى قلنا هو الموجب الاصلى فى البياعات كلها والانقسام على هذا الوجه فى أموال الربا يحقق الربا لانه يصير بائعا كر حنطة وكرى شعير بكرى شعير وبكر حنطة فيتحقق الربا على أنه ان لم يتحقق الربا ففيه احتمال الربا وأنه مفسد للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة (ولنا) عمومات البيع من غير فصل فمن ادعى التخصيص فعليه الدليل ولان المتعاقدين أطلقا مقابلة الجملة بالجملة والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون مقابلة الجنس بالجنس عينا ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عينا فلا يتحقق الربا لانه اسم لفضل مال فى مقابلة الجنس بالجنس عينا ولم يوجد أو نقول مطلق المقابلة تحتمل مقابلة الجنس بالجنس على سبيل الشيوع من حيث القيمة كما قلتم وتحتمل مقابلة الجنس بخلاف الجنس لان كل ذلك مقابلة الجملة بالجملة الا انا لو حملناه على الاول يفسد العقد ولو حملناه على الثانى لصح فالحمل على ما فيه الصحة أولى وقوله موجب البيع المطلق المشتمل على ابدال من الجانبين انقسام كل بدل من أحد الجانبين على جميع الابدال من الجانب الآخر على الشيوع من حيث التقويم قلنا ممنوع لان هذا موجب العقد المطلق فى موضع فى مسائل البياعات فى غير أموال الربا ما ثبت الانقسام موجباله بل بحكم المعاوضة والمساواة فى الابدال لانهما لما أطلقا البيع وهو يشتمل على ابدال من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض بالبعض وليس البعض باولى من البعض فى التعيين فلزم القول بالاشاعة والتقسيم من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمساواة وعند تحقق الضرورة وهى ضرورة الرد بالعيب بالاشاعة والرجوع عند الاستحقاق ونحو ذلك فلا يثبت الانقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة على

ماعرف وقوله فيه احتمال الربا قلنا احتمال الربا ههنا يوجب فساد العقد عند مقابلة الجنس بالجنس عينا كما في بيع الصبرة بالصبرة لا على الاطلاق لان عند مقابلة الجنس بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم توجد ههنا فلا توجب الفساد وعلى هذا اذا باع دينارا ودرهمين بدرهمين ودينارين انه يجوز عندنا و يكون الدينار بالدرهمين والدرهمان بالدينارين وكذا اذا باع درهمين ودينارا بدينارين ودرهم يجوز عندنا بأن يجعل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم وكذا اذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار انه جائز عندنا وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة والخمسة الاخرى بمقابلة الدينار وكذلك اذا باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز عندنا وكانت العشرة بمثلها ودينار بدرهم وكذلك قال أبو حنيفة عليه الرحمة انه اذا باع مائة درهم ودينار بألف درهم يجوز ولا بأس به وتكون المائة بمقابلة المائة والتسعمائة بمقابلة الدينار فلا يتحقق الربا وكذا روى عن محمد انه قال اذا باع الدراهم بالدراهم وفي أحدهما فضل من حيث الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس فهو جائز في الحكم ولكني اكرهه فقيل كيف تجده في قلبك قال أجده مثل الجبل والحاصل انه ينظر الى ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس ان بلغت قيمته قيمة الزيادة أو كانت أقل منها مما يتغابن الناس فيه عادة جاز البيع من غير كراهة وان كانت شيأ قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو ذلك يجوز مع الكراهة وان كان شيأ لا قيمة له اصلا ككف من تراب ونحوه لا يجوز البيع أصلا لان الزيادة لا يقابلها عوض فيتحقق الربا

﴿فصل﴾ وأما شرائط جريان الربا (فمنها) أن يكون البدلان معصومين فان كان أحدهما غير معصوم لا يتحقق الربا عندنا وعند أبي يوسف هذا ليس بشرط و يتحقق الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا فباع حربيا درهما بدرهمين أو غير ذلك من سائر البيوع الفاسدة في حكم الاسلام انه يجوز عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا يجوز وعلى هذا الخلاف المسلم الاسير في دار الحرب أو الحربي الذي أسلم هناك ولم يهاجر الينا فبايع أحدا من أهل الحرب (وجه) قول أبي يوسف ان حرمة الربا كما هي ثابتة في حق المسلمين فهي ثابتة في حق الكفار لانهم مخاطبون بالحرمات في الصحيح من الاقوال فاشتراطه في البيع يوجب فساده كما اذا بايع المسلم الحربي المستأمن في دار الاسلام (ولهما) ان مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه الا أن المسلم المستأمن منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من الغدر والخيانة فاذا بدله باختياره ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الاخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك وانه مشروع مفيد للملك كالاستيلاء على الحطب والحشيش وبه تبين ان العقد ههنا ليس تملكا بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضا لان ملك الحربي لا يزول بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الاخذ تملكا لكنه اذا زال فالملك للمسلم يثبت بالاخذ والاستيلاء لا بالعقد فلا يتحقق الربا لان الربا اسم لفضل يستفاد بالعقد بخلاف المسلم اذا باع حربيا دخل دار الاسلام بأمان لانه استفاد العصمة بدخوله دار الاسلام بأمان والمال المعصوم لا يكون محلا للاستيلاء فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الربا في العقد مفسد وكذلك الذمي اذا دخل دار الحرب فباع حربيا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في الاسلام فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا لان ما جاز من بيوع المسلمين جاز من بيوع أهل الذمة وما يبطل أو يفسد من بيوع المسلمين يبطل أو يفسد من بيوعهم الا الخمر والخنزير على ما نذكر ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون البدلان متقومين شرعا وهو أن يكونا مضمونين حقا للعبد فان كان أحدهما غير مضمون حقا للعبد لا يجري فيه الربا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل المسلم دار الحرب فبايع رجلا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا درهما بدرهمين أو غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار الاسلام انه يجوز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز لان العصمة وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا يضمن نفسه بالقصاص ولا بالدية عنده وكذا ماله لا يضمن بالاتلاف لانه تابع للنفس وعندهما نفسه وماله معصومان متقومان والمسئلة تأتي في كتاب السير ولو دخل مسلمان دار الحرب فتبايعا درهما بدرهمين أو غيره من البيوع الفاسدة في دار الاسلام

لا يجوز

لا يجوز لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التملك بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد ولو أسلم الحربى الذى بايع المسلم ودخل دار الاسلام أو أسلم أهل الدار فما كان من ربا مقبوض أو بيع فاسد مقبوض فهو جائز ماض وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا ان كنتم مؤمنين أمرهم سبحانه وتعالى بترك ما بقى من الربا والامر بترك ما بقى من الربا نهى عن قبضه فكأنه تعالى قال اتركوا قبضه فيقتضى حرمة القبض وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال كل ربا فى الجاهلية فهو موضوع تحت قدمى والوضع عبارة عن الحط والاسقاط وذلك فيما لم يقبض ولان بالاسلام حرم ابتداء العقد فكذا القبض بحكم العقد لانه تقرير العقد وتأكيده فيشبه العقد فيلحق به اذ هو عقد من وجه فيلحق بالثابت من كل وجه فى باب الحرمات احتياطا ومتى حرم القبض لم يكن فى بقاء العقد فائدة (ومنها) أن لا يكون البدلان ملكا لاحد المتبايعين فان كان لا يجرى الربا وعلى هذا يخرج العبد المأذون اذا باع مولاه درهما بدرهمين وليس عليه دين انه يجوز لانه اذا لم يكن عليه دين فما فى يده لمولاه فكان البدلان ملك المولى فلا يكون هذا بيعا فلا يتحقق الربا اذ هو مختص بالبياعات وكذلك المتعاوضان اذا تبايعا درهما بدرهمين يجوز لان البدل من كل واحد منهما مشترك بينهما فكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعا ولا مبادلة حقيقة وكذلك الشريكان شركة العنان اذا تبايعا درهما بدرهمين من مال الشركة جاز لما قلنا ولو تبايعا من غير مال الشركة لا يجوز لانهما فى غير مال الشركة أجنبيان ولو كان على العبد المأذون دين فباعه مولاه درهما بدرهمين لا يجوز بالاجماع (أما) عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون عنده فلم يجتمع البدلان فى ملك واحد وعندهما وان كان يملك لكن ملكا محجورا عن التصرف فيه لتعلق حق الغرماء به فكان المولى كالاجنبى عنه وكذلك المولى اذا عاقد مكاتبه عقد الربا لم يجز لان المكاتب فى حق الاكتساب ملحق بالاحرار لانقطاع تصرف المولى عنها فأشبه الاجانب (وأما) اسلام المتبايعين فليس بشرط لجريان الربا فيجرى الربا بين أهل الذمة وبين المسلم والذمى لان حرمة الربا ثابتة فى حقهم لان الكفار مخاطبون بشرائع هى حرمات ان لم يكونوا مخاطبين بشرائع هى عبادات عندنا قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وأكلهم أموال الناس بالباطل وروى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر إما أن تذروا الربا أو تأذنوا بحرب من الله ورسوله وهذا فى نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) الخلو عن احتمال الربا فلا تجوز المجازفة فى أموال الربا بعضها ببعض لان حقيقة الربا كما هى مفسدة للعقد فاحتمال الربا مفسد له أيضا لقول عبد الله بن مسعود رضى الله عنه ما اجتمع الحلال والحرام فى شىء الا وقد غلب الحرام الحلال والاصل فيه ان كل ما جازت فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما لا فلا لان التماثل والخلو عن الربا فيما يجرى فيه الربا لما كان شرط الصحة فلا يعلم تحقيق المماثلة بالمجازفة فيقع الشك فى وجود شرط الصحة فلا تثبت الصحة على الاصل المعهود فى الحكم المعلق على شرط اذا وقع الشك فى وجود شرطه انه لا يثبت لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين لا يزول بالشك وبيان هذا الاصل فى مسائل اذا تبايعا حنطة بحنطة مجازفة فان لم يعلما كيلهما أو علم أحدهما دون الآخر أو علما كيل أحدهما دون الآخر لا يجوز لما قلنا وان علم استواؤهما فى الكيل فان علم فى المجلس جاز البيع لان المجلس وان طال فله حكم حالة العقد فكأنه عند العقد وان علم بعد الافتراق لم يجز وقال زفر يجوز علم قبل الافتراق أو بعده (وجه) قوله ان الحاجة الى الكيل عند العقد لتحقق المساواة المشروطة وقد تبين انها كانت ثابتة عنده (ولنا) ان علم المتعاقدين بالمساواة عند العقد شرط الصحة ولم يوجد والدليل على ان العلم عند العقد شرط الصحة ان الشرع ألزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل اى بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل أمر المتبايعين بالبيع بصفة المماثلة فلا بد وأن تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع لتمكنهما من رعاية هذا الشرط وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقتسماها مجازفة لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة فيشبه البيع ولا يجوز البيع فيها مجازفة فكذا القسمة ولو تبايعا حنطة بحنطة

وزنا بوزن متساو يا فى الوزن لم يجز لان الحنطة مكيلة والتساوى فى الكيل شرط جواز البيع فى المكيلات ولا تعلم المساواة بينهما فى الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة مجازفة وروى عن أبى يوسف رحمه الله انه اذا غلب استعمال الوزن فيها تصير وزنية و يعتبر التساوى فيها بالوزن وان كانت فى الاصل كيلية وعلى هذا تخرج المزابنة والمحاقلة انهما لا يجوزان لان المزابنة بيع التمر على رؤس النخل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدرى أيهما أكثر والزبيب بالعنب لا يدرى أيهما أكثر والمحاقلة بيع الحب فى السنبل بمثل كيله من الحنطة خرصا لا يدرى أيهما أكثر فكان هذا بيع مال الربا مجازفة لانه لا تعرف المساواة بينهما فى الكيل وقد روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة وفسر محمد رحمه الله المزابنة والمحاقلة فى الموطأ بما قلنا وهو كان اماما فى اللغة كما كان اماما فى الشريعة وقال كذلك الجواب اذا كان أكثر من خمسة أوسق فأما ما دون خمسة أوسق فلا بأس به لما روى أبو هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة أوسق فقد رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم من جملة ما حرم من المزابنة ما دون خمسة والمرخص من جملة ما حرم يكون مباحا وتفسير العرية عندنا ما ذكره مالك بن انس فى الموطأ رضى الله عنه وهو أن يكون لرجل نخيل فيعطى رجلا منها ثمرة نخلة أو نخلتين يلقطهما لعياله ثم يثقل عليه دخوله حائطه فيسأله أن يتجاوز له عنها على أن يعطيه بمكيلتها تمرا عند اصرام النخل وذلك مالا بأس به عندنا لانه لا بيع هنالك بل التمر كله لصاحب النخل فان شاء سلم له ثمر النخل وان شاء أعطاه بمكيلتها من التمر الا انه سماه الراوى بيعا لتصوره بصور البيع لا أن يكون بيعا حقيقة بل هو عطية الا ترى انه لم يملكه المعرى له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعا ولانه لو جعل بيعا لكان بيع التمر بالتمر الى أجل وانه لا يجوز بلا خلاف دل أن العرية المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هى عطية ولان العرية هى العطية لغة قال حسان بن ثابت رضى الله عنه

ليست بسنهاء ولا رجبية * ولكن عرايا فى السنين الجوائح

ولو اشترى بكرمن تمر نخلا عليها تمر وسمى التمر او ذكر كل قليل وكثير هو منه حتى دخل فى البيع يراعى فى جوازه طريق الاعتبار وهو أن يكون كيل التمر أكثر من كيل التمر ليكون التمر بمثله والزيادة بازاء النخل فان كان أقل لا يجوز لان التمر يكون بمثل كيله وزيادة التمر مع النخل تكون زيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا وكذا اذا كان مثله لان النخل يكون فضلا لا يقابله عوض فى عقد المعاوضة وكذا اذا كان لا يدرى عندنا خلافا لزفر وسنذكر المسئلة ان شاء الله تعالى ثم انما يجوز على طريق الاعتبار اذا كان التمر نقدا فان كان نسيئة لم يجز لتحقق ربا النساء هذا اذا كان ثمر النخل بسرا أو رطبا أو تمرا بالساعة عند العقد فان كان كفرى جاز البيع كيف ما كان من غير شرط الاعتبار لانه بيع الكفرى بالتمر وانه جائز كيف ما كان ولو لم يكن التمر موجودا عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض كرا أو أكثر من الكر لا يفسد البيع بخلاف ما اذا كان التمر موجودا عند العقد ثم أثمر النخل قبل القبض فباعه مع النخل بالتمر وكيل التمر مثل كيل تمر النخل أو أقل حيث يفسد البيع لان العاقدين أدخلا الربا فى العقد لانهما قابلا الثمن بكل المبيع فانقسم الثمن عليهما و بعض المبيع مال الربا فدخل الربا فى العقد باشتراطهما واشتراط الربا فى العقد مفسد له وههنا البيع كان صحيحا فى الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع اذ المبيع هو النخل وحده الا انه اذا زاد فقد صار مبيعا فى حال البقاء لا بصنعهما فبقى البيع صحيحا والزيادة ملك المشترى و ينقسم الثمن على قيمة النخل وقيمة الزيادة لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت القبض فيطيب له من التمر قدر حصته من الثمن لانه فضل له ذلك القدر ببدل ولا يطيب له الفضل و يتصدق به لانه ربح ما لم يضمن ولو قضى الثمن من التمر الحادث ينظر ان قضاه منه قبل القبض فقضاؤه باطل لان القضاء منه تصرف فى المبيع قبل القبض وانه لا يجوز وجعل كأنه لم يقبض حتى لو هلك الثمن فى يد البائع بآفة سماوية لا يسقط شئ من الثمن وان أكله البائع تسقط حصته من الثمن وان كان المشترى قبض الثمن ثم قضى منه جاز

القضاء لانه تصرف فى المبيع بعد القبض وانه جائز وعليه أن يتصدق بما زاد على حصته من الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقيمة فيهما مجازفة ولو تبايعا حنطة بشعير او ذهبا بفضة مجازفة جاز لان المماثلة فى بيع الجنس بخلاف الجنس غير مشروطة ولهذا جازت المفاضلة فيه فالمجازفة أولى وكذلك القيمة وعلى هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه كما اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة بأن اشترى سيفا محلى بفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاما أو سرجا أو سكينا مفضضا أو جارية فى عنقها طوق من فضة أو اشترى ذهبا وغيره بذهب مفرد كما اذا اشترى ثوبا منسوجا بالذهب بذهب مفرد أو جارية مع حليتها وحليها ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك انه لا يجوز مجازفة عندنا بل يراعى فيه طريق الاعتبار وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أو الذهب المفرد أكثر من المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه فلا يتحقق الربا فان كان وزن المفرد أقل من وزن المجموع لم يجز لان زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابله عوض فى عقد البيع فيكون ربا وكذلك اذا كان مثله فى الوزن لانه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل يكون ربا وان كان من خلاف جنسه وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه انه أكثر أو مثله أو أقل أو اختلف أهل النظر فيه فقال بعضهم الثمن أكثر وقال بعضهم هو مثله لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز (وجه) قوله ان الاصل فى البيع جوازه والفساد بعارض الربا وفى وجوده شك فلا يثبت الفساد بالشك لان جهة الفساد فى هذا العقد أكثر من جهة الجواز لان وزن المفرد لو كان أقل يفسد وكذلك لو كان مثله ولو كان اكثر يجوز فجاز من وجه وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم للغالب ثم اذا كان وزن المفرد اكثر حتى جاز البيع فيجتمع فى هذا العقد صرف وهو بيع الفضة بالفضة أو الذهب بالذهب و بيع مطلق وهو بيع الذهب أو الفضة بخلاف جنسها فيراعى فى الصرف شرائطه وسنذكر شرائط الصرف فى موضعه ان شاء الله تعالى واذا فات شئ من الشرائط حتى فسد الصرف هل يتعدى الفساد الى البيع المطلق فيه تفصيل نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى هذا اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة أو ذهبا مع غيره بذهب مفرد فاما اذا اشترى ذهبا مع غيره بفضة مفردة أو فضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جائز لانه لا ربا عند اختلاف الجنس غير أنه يقسم المفرد على قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان بمقابلة الذهب أو الفضة يكون صرفا فيراعى فيه شرائط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعا مطلقا على ما نذكره فى بيان شرائط الصرف وعلى هذا الاصل يخرج بيع تراب معدن الفضة والذهب أما تراب معدن الفضة فلا يخلو اما أن يكون باعه بفضة واما أن يكون باعه بغيرها فان باعه بفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فى التراب من الفضة لا على التراب لانه لا قيمة له والمماثلة بين الفضتين ليست بمعلومة فكان هذا البيع بيع الفضة بالفضة مجازفة فلا يجوز وان باعه بذهب جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ينظر ان لم يخلص منه شئ تبين أن البيع كان فاسدا لانه تبين أنه باع ما ليس بمال فصار كما لو اشترى شخصا على أنه عبد ثم تبين أنه حر أو اشترى شاة مسلوخة على أنها مذبوحة ثم تبين أنها ميتة فان خلص منه شئ فالامر ماض والمشترى بالخيار لانه اشترى شيأ لم يره فاشبه ما لو اشترى ثوبا فى سفط أو سمكة فى جب ولو باعه بعوض جاز أيضا لما قلنا ثم ينظر ان خلص منه شئ أو لم يخلص على ما ذكرنا ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فيهما من الفضة ولا يعلم تساويهما فى الوزن فكان بيع الفضة بالفضة مجازفة ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لاختلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ثم ان لم يخلص منه شئ تبين أن البيع كان فاسدا لانه تبين أنه باع ما ليس بمال وكذا ان خلص من أحدهما ولم يخلص من الآخر لانه تبين أنه باع المال بما ليس بمال وان خلص من كل واحد منهما فالامر ماض ولهما خيار الرؤية لان كل واحد منهما مشتر ما لم يره وكذلك لو كان تراب معدن الفضة بين رجلين فاقتسماه لم يجز لان القسمة فيها معنى البيع فلا يحتمل المجازفة كالبيع ولو باع منه قفيزا بغير عينه بذهب أو بعرض لم يجز لان المبيع ما فى التراب من الفضة وانه

مجهول القدر لانه متفاوت منه قفيز يخلص منه خمسة ومنه قفيز يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولا جهالة مفضية الى
المنازعة بخلاف بيع القفيز من صبرة لان قفزان الصبرة الواحدة متماثلة فلم يكن المبيع مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة
ولو باع نصف جملة التراب أو ثلثها أو ربعها شائعا بذهب أو عرض جاز لان الجنس مختلف فلا يتحقق الربا الا اذا لم
يخلص منه شئ فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلص منه شئ فيكون ما خلص مشتركا بينهما وله الخيار اذا رآه
ولو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما خلص منه وقبض لان القرض وقع على ما يخلص منه
والقول قول القابض فى قدر ما قبض وخلص ولو استأجره بنصف هذا التراب أو بثلثه أو بربعه يجوز ان خلص
منه شئ كما يجوز لو بيع منه شئ فتبين أن البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلص منه شئ فيكون اجره مما خلص
ولو استأجر أجيرا بتراب المعدن بعينه جازت الاجارة ان خلص منه شئ لانه استأجره بمال والاجير بالخيار لانه آجر
نفسه بما لم يره فان شاء رضى به ولا شئ له غيره وان شاء رده ورجع على المستأجر باجر مثله بالغا ما بلغ ولو استأجره
بقفيز من تراب بغير عينه لا تجوز الاجارة لان الاجرة ما فى التراب من الفضة وأنه مجهول القدر ولهذا لم يجز بيعه ويكون
بينهما وله الخيار وان لم يخلص لا يجوز وله أجر مثله وعلى هذا حكم تراب معدن الذهب فى جميع ما ذكرنا والله
سبحانه وتعالى أعلم (وأما) تراب الصاغة فان كان فيه فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الفضة وان كان فيه ذهب
خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب وان كان فيه ذهب وفضة فان اشتراه بذهب أو فضة لم يجز لاحتمال أن يكون
ما فيه من الذهب أو الفضة اكثر أو أقل أو مثله فيتحقق الربا ولو اشتراه بذهب وفضة جاز لانه اشترى ذهبا وفضة
بذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس ويراعى فيه شرائط الصرف ولو اشتراه بعرض جاز
لانعدام احتمال الربا وهذا كله اذا خلص منه شئ فان لم يخلص تبين أن البيع كان فاسدا وعلى هذا الاصل يخرج
بيع الدراهم المغشوشة التى الغش فيها هو الغالب بفضة خالصة أنه لا يجوز الا على طريق الاعتبار وجملة الكلام فيه أن
الدراهم المضروبة أقسام ثلاثة اما أن تكون الفضة فيها هى الغالبة واما أن يكون الغش فيها هو الغالب واما أن يكون
الفضة والغش فيها على السواء فان كانت الفضة فيها هى الغالبة بأن كان ثلثاها فضة وثلثها صفرا أو كانت ثلاثة
أرباعها فضة وربعها صفرا ونحو ذلك فحكمها حكم الفضة الخالصة لا يجوز بيعها بالفضة الخالصة الا سواء بسواء
وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز الا مثلا بمثل لان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم هو الاصل فى احكام
الشرع ولان الدراهم الجياد لا تخلو عن قليل غش لان الفضة لا تنطبع بدونه على ما قيل فكان قليل الغش مما لا يمكن
التحرز عنه فكانت العبرة للغلبة وان كان الغش فيها هو الغالب فان كانت الفضة لا تخلص بالذوب والسبك بل تحترق
ويبقى النحاس فحكمها حكم النحاس الخالص لان الفضة فيها اذا كانت مستهلكة كانت ملحقة بالعدم فيعتبر كله نحاسا
لا يباع بالنحاس الا سواء بسواء يدا بيد وان كانت تخلص من النحاس ولا تحترق ويبقى النحاس على حاله أيضا فانه
يعتبر فيه كل واحد منهما على حاله ولا يجعل أحدهما تبعا للآخر كأنهما منفصلان ممتازان أحدهما عن صاحبه لانه اذا
أمكن تخليص أحدهما من صاحبه على وجه يبقى كل واحد منهما بعد الذوب والسبك لم يكن أحدهما مستهلكا فلا يجوز
بيعها بفضة خالصة الا على طريق الاعتبار وهو أن تكون الفضة الخالصة أكثر من الفضة المخلوطة يصرف الى الفضة
المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة الى الغش كما لو باع فضة وصفرا ممتازين بفضة خالصة فان كانت الفضة
الخالصة أقل من المخلوطة لم يجز لان زيادة الفضة المخلوطة مع الصفر يكون فضلا خاليا من العوض فى عقد المعاوضة
فيكون ربا وكذا اذا كانت مثلها لان الصفر يكون فضلا لا يقابله عوض وكذا اذا كان لا يدرى قدر الفضتين أيهما
أكثر أو هما سواء لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وقد ذكرنا الحجج فيما قبل وذكر فى الجامع اذا كانت الدراهم ثلثاها
صفرا وثلثها فضة ولا يقدر أن يخلص الفضة من الصفر ولا يدرى اذا خلصت أيبقى الصفر أم يحترق أنه يراعى فى بيع
هذه الدراهم بفضة خالصة طريق الاعتبار ثم اذا كانت الفضة الخالصة أكثر حتى جاز البيع يكون هذا صرفا وبيعا

مطلقاً فيراعى فى الصرف شرائطه واذا فسد بفوات شرط منه يفسد البيع فى الصفر لانه لا يمكن تميزه الا بضرر و بيع مالا يمكن تميزه عن غيره الا بضرر فاسد على ماذكرنا ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جاز لان المانع هو الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا لكن يراعى فيه شرائط الصرف لانه صرف واذا فات شرط منه حتى فسد يفسد البيع فى الصفر أيضاً لما قلنا ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جاز متساوياً ومتفاضلا نص عليه محمد فى الجامع ويصرف الجنس الى خلاف الجنس كما لو باع فضة منفصلة وصفراً منفصلا بفضة وصفر منفصلين وقالوا فى الستوقة اذا بيع بعضها ببعض متفاضلا أنه يجوز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس ومشايخنا لم يفتوا فى ذلك الا بالتحريم احترازا عن فتح باب الربا وقالوا فى الدراهم القطريفية أنه يجوز بيع واحد واثنين أو ثلاثة أو أربعة أو خمسة منها بدرهم فضة لان ما فيها من الفضة يكون بمثل وزنها من الفضة الخالصة وزيادة الفضة تكون بمقابلة الصفر ولا يجوز بيع ستة منها بدرهم فضة لان الصفر الذى فيها يبقى فضلا خاليا عن العوض فى عقد المعاوضة فيكون ربا وكان الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله لا يفتى بجواز هذا وان كانت الفضة والغش فيها سواء فلم يقطع محمد الجواب فيه فى الجامع لكنه بناه على قول الصيارفة وحكى عنهم انهم قالوا ان الفضة والصفر اذا خلطا لا تميز الفضة من الصفر حتى يحترق الصفر لانهما لا يتميزان الا بذهاب أحدهما والصفر أسرعهما ذهابا فقال فى هذه الدراهم ان كانت الفضة هى الغالبة أى على ما يقوله الصيارفة ان الصفر يتسارع اليه الاحتراق عند الاذابة والسبك فلا يجوز بيعها بالفضة الخالصة ولا بيع بعضها ببعض الا سواء بسواء كبيع الزيوف بالجياد لان الصفر اذا كان يتسارع اليه الاحتراق كان مغلوبا مستهلكا فكان ملحقاً بالعدم وان لم يغلب أحدهما على الآخر وبقيا على السواء يعتبر كل واحد منهما على حياله كانهما منفصلان ويراعى فى بيعهما بالفضة الخالصة طريق الاعتبار كما فى النوع الاول ويجوز بيع بعضها ببعض متساوياً ومتفاضلا ويصرف الجنس الى خلاف الجنس كما فى النوع الاول والله سبحانه وتعالى أعلم وهل يجوز استقراض الدراهم المغشوشة عدداً (أما) النوع الاول وهو ما كانت فضته غالبة على غشه فلا يجوز استقراضه الا وزنا لان الغش اذا كان مغلوبا فيه كان بمنزلة الدراهم الزائفة ولا يجوز بيع الدراهم الزائفة بعضها ببعض عددا لانها وزنية فلم يعتبر العدد فيها فكان بيع بعضها ببعض مجازفة فلم يجز فلا يجوز استقراضها أيضاً لانها مبادلة حقيقة أو فيها شبهة المبادلة فيجب صيانتها عن الربا وعن شبهة الربا ولهذا لم يجز استقراض الكيلى وزنا لما ان الوزن فى الكيلى غير معتبر فكان اقراضه مبادلة الشىء بمثله مجازفة أو شبهة المبادلة فلم يجز كذا هذا وكذلك النوع الثالث وهو ما اذا كان نصفه فضة ونصفه صفراً لان الغلبة اذا كانت الفضة على اعتبار بقائها وذهاب الصفر فى المآل على ما يقوله أهل الصنعة كان ملحقاً بالدراهم الزيوف فلا يجوز استقراضه عدداً وان كان لا يغلب أحدهما على الآخر ويبقيان بعد السبك على حالهما كان كل واحد منهما أصلا بنفسه فيعتبر كل واحد منهما على حياله فكان استقراض الفضة والصفر جملة عدداً وهذا لا يجوز لان اعتبار الصفر ان كان يوجب الجواز لان الفلس عددى فاعتبار الفضة يمنع الجواز لان الفضة وزنية فالحكم بالفساد عند تعارض جهتى الجواز والفساد أحوط وأما النوع الثانى ما كان الغش فيه غالباً والفضة مغلوبة فانه ينظر ان كان الناس يتعاملون به وزنا لا عدداً لا يجوز استقراضه عدداً لان العدد فى الموزون باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مجازفة أو شبهة المبادلة وأنه لا يجوز وان كانوا يتعاملون به عدداً يجوز استقراضه عدداً لانهم اذا تعاملوا به عددا فقد ألحقوه بالفلوس وجعلوا الفضة التى فيه تبعاً للصفر وأنه ممكن لانها قليلة وقد يكون فى الفلوس فى الجملة قليل فضة فثبتت التبعية بدلالة التعامل ومثل هذه الدلالة لم توجد فيما اذا تعاملوا بها وزنا لا عدداً فبقيت وزنية فلا يجوز استقراضه عددا وان تعامل الناس بها عدداً لان هناك لا يمكن جعل الفضة تبعاً للغش لانها أكثر منه أو مثله والكثير لا يكون تبعاً للقليل ومثل هذا الشىء لا يكون تبعاً أيضاً فبقيت على الصفة الاصلية الثابتة لها شرعا وهى كونها وزنية فلا يجوز استقراضها مجازفة كما لا يجوز بيع بعضها ببعض مجازفة وكذا الشراء بالدراهم المغشوشة من الانواع الثلاثة عدداً حكمه حكم الاستقراض سواء

فلا يجوز الشراء بالنوع الاول الا وزنا لانها فى حكم الجياد وانها وزنية فلم يجز الشراء بها الا وزناً اذا لم يكن مشارا اليها وكذلك بالنوع الثالث لما ذكرنا فى الاستقراض وأما النوع الثالث فالامر فيه على التفصيل الذى ذكرناه فى الاستقراض ان الناس ان كانوا يتبايعون بها وزنا لا عدداً لا يجوز لاحد أن يبتاع بها عددا لان الوزن صفة أصلية للدراهم وانما تصير عددية بتعامل الناس فان جرى التعامل بها وزنا لا عدداً فقد تقررت الصفة الاصلية وبقيت وزنية فاذا اشترى بها عدداً على غير وزن والعدد هدر ولم توجد الاشارة فقد بقى الثمن مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لانه لا يدرى ما وزن هذا القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد بخلاف ما اذا اشترى بها عددا على غير وزن ولكن أشار اليها فيما يكتفى فيه بالاشارة حيث يجوز لان مقدار وزنها وان كان مجهولا بعد الاشارة اليها لكن هذه جهالة لا تفضى الى المنازعة لانه يمكن معرفة مقدار المشار اليه بالوزن اذا كان قائماً فلا يمنع جواز العقد وان كانوا يتبايعون بها عدداً جاز لانها صارت عددية بتعامل الناس وصارت كالفلوس الرائجة هذا اذا اشترى بالانواع الثلاثة عددا على وزن ولم يعينها فاما اذا عينها واشترى بها عرضاً بأن قال اشتريت هذا العرض بهذه الدراهم وأشار اليها فلا شك فى جواز الشراء بها ولا تتعين بالاشارة اليها ولا يتعلق العقد بعينها حتى لو هلكت قبل أن ينقدها المشترى لا يبطل البيع ويعطى مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها (أما) النوع الاول فلانها بمنزلة الدراهم الجياد وانها لا تتعين بالاشارة اليها ولا يبطل البيع بهلاكها فكذا هذه (وأما) النوع الثانى فلان الصفة فيها ان كانت هى الغالبة على ما يقوله السباكون فهى فى حكم النوع الاول وان لم يغلب أحدهما على الآخر يعتبر كل واحد منهما بحياله فلا يبطل البيع أيضاً لان اعتبار الفضة لا يوجب البطلان لانها لا تتعين واعتبار الصفر يوجب لانه يتعين فلا يبطل بالشك (وأما) النوع الثالث فلان الناس ان كانوا يتعاملون بها وزنا فهى وسائر الدراهم سواء فلا تتعين بالاشارة ويتعلق العقد بمثلها فى الذمة لا بعينها فلا يبطل البيع بهلاكها وان كانوا يتعاملون بها عدداً فهى بمنزلة الفلوس الرائجة وأنها اذا قوبلت بخلاف جنسها فى المعاوضات لا تتعين ولا يتعلق العقد بعينها بل بمثلها عدداً ولا يبطل بهلاكها كذا هذا ولو كسد هذا النوع من الدراهم وصارت لا تروج بين الناس فهى بمنزلة الفلوس الكاسدة والستوق والرصاص حتى تتعين بالاشارة اليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلاكها قبل القبض لانها صارت سلعة لكن قالوا هذا اذا كان العاقدان عالمين بحال هذه ويعلم كل واحد منهما ان الآخر يعلم بذلك فاما اذا كانا لا يعلمان أو يعلم أحدهما ولم يعلم الآخر أو يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان العقد لا يتعلق بالمشار اليه ولا بجنسها وانما يتعلق بالدراهم الرائجة التى عليها تعامل الناس فى تلك البلد هذا اذا صارت بحيث لا تروج أصلا فاما اذا كانت يقبلها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة فيجوز الشراء بها ولا يتعلق العقد بعينها بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف ان كان البائع يعلم بحالها خاصة لانه رضى بجنس الزيوف وان كان البائع لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه وانما يتعلق بالجيد من نقد تلك البلد لانه لم يرض الا به اذا كان لا يعلم بحالها والله سبحانه وتعالى أعلم ثم انما لا يبطل البيع بهلاك الدراهم فى الانواع الثلاثة بعد الاشارة اليها اذا كان علم عددها أو وزنها قبل الهلاك لانه اذا كان علم ذلك يمكن اعطاء مثلها بعد هلاكها فاما اذا كان لم يعلم لا عددها ولا وزنها حتى هلكت يبطل البيع لان الثمن صار مجهولا اذ المشترى لا يمكنه اعطاء مثل الدراهم المشار اليها (ومنها) الخلو من شبهة الربا لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب الحرمات احتياطاً وأصله ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وعلى هذا يخرج ما اذا باع رجل شيأ نقداً أو نسيئة وقبضه المشترى ولم ينقد ثمنه انه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذى باعه منه عندنا وعند الشافعى رحمه الله يجوز (وجه) قوله ان هذا بيع استجمع شرائط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة اياه فلا معنى للحكم بفساده كما اذا اشتراه بعد نقد الثمن ولنا ما روى ان امرأة جاءت الى سيدتنا عائشة رضى الله عنها وقالت انى ابتعت

خادمامن زيد بن أرقم بثمانمائة ثم بعتهامنــه بستمائة فقالت سيدتنا عائشة رضى الله عنها بئس ماشريت و بئس ماشتريت أبلغى زيدا ان الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب (و وجه) الاستدلال به من وجهين أحدهما انها ألحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالرأى وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة فالظاهر انها قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يلتحق الوعيد الا بمباشرة المعصية فدل على فساد البيع لان البيع الفاسد معصية والثانى انها رضى الله عنها سمت ذلك بيع سوء وشراء سوء والفاسد هو الذى يوصف بذلك لا الصحيح ولان فى هذا البيع شبهة الربا لان الثمن الثانى يصير قصاصا بالثمن الاول فبقى من الثمن الاول زيادة لا يقابلها عوض فى عقد المعاوضة وهو تفسير الربا الا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة بخلاف ما اذا نقد الثمن لان المقاصة لا تتحقق بعد الثمن فلا تتمكن الشبهة بالعقد ولو نقد الثمن كله الا شيأ قليلا فهو على الخلاف ولو اشترى ما باع بمثل ما باع قبل نقد الثمن جاز بالاجماع لانعدام الشبهة وكذا لو اشتراه بأكثر مما باع قبل نقد الثمن ولان فساد العقد معدول به عن القياس وانما عرفناه بالاثر والاثر جاء فى الشراء بأقل من الثمن الاول فبقى ما وراءه على أصل القياس هذا اذا اشتراه بجنس الثمن الاول فان اشتراه بخلاف الجنس جاز لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس الا فى الدراهم والدنانير خاصة استحسانا والقياس أن لا يجوز لانهما جنسان مختلفان حقيقة فالتحقا بسائر الاجناس المختلفة (وجه) الاستحسان انهما فى الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربا بمجموع العقدين فكان فى العقد الثانى شبهة الربا وهى الربا من وجه ولو تعيب المبيع فى يد المشترى فباعه من بائعه بأقل مما باعه جاز لان نقصان الثمن يكون بمقابلة نقصان العيب فيلتحق النقصان بالعدم كانه باعه بمثل ما اشتراه فلا تتحقق شبهة الربا ولو خرج المبيع من ملك المشترى فاشتراه البائع من المالك الثانى بأقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز لان اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين فيمنع تحقق الربا ولو مات المشترى فاشتراه البائع من وارثه بأقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز لان الملك هناك لم يختلف وانما قام الوارث مقام المشترى بدليل انه يرد بالعيب و يرد عليه وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث أو كان دارا فبنى عليها ثم ورد الاستحقاق فأخذ منه قيمة الولد ونقض عليه البناء كان للوارث أن يرجع على بائع المورث بقيمة الولد وقيمة البناء كما كان يرجع المشترى لو كان حيا لان الوارث قائم مقام المشترى فكان الشراء منه بمنزلة الشراء من المشترى فرق بين هذا وبين ما اذا مات البائع فاشترى وارثه من المشترى بأقل مما باع قبل نقد الثمن انه يجوز اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع فى حال حياته (و وجه) الفرق أن الوارث يقوم مقام المورث فيما ورثه و وارث المشترى ورث عين المبيع فقام مقامه فى عينه فكان الشراء منه كالشراء من المشترى فلم يجز ووارث البائع ورث الثمن والثمن فى ذمة المشترى وما عين فى ذمة المشترى لا يحتمل الارث فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البائع فلم يكن وارث البائع مقامه فيما ورثه و روى عن أبى يوسف رحمه الله انه لا يجوز الشراء من وارث البائع كما لا يجوز الشراء من وارث المشترى لان الوارث خلف المورث فالمشترى قائم مقامه كانه هو ولو باعه المشترى من غيره فعاد المبيع الى ملكه فاشتراه بأقل مما باع فهذا لا يخلو اما ان عاد اليه بملك جديد واما ان عاد اليه على حكم الملك الاول فان عاد اليه بملك جديد كالشراء والهبة والميراث والاقالة قبل القبض و بعده والرد بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضى ونحو ذلك من أسباب تجديد الملك جاز الشراء منه بأقل مما باع لان اختلاف الملك بمنزلة اختلاف العين وان عاد اليه على حكم الملك الاول كالرد بخيار الرؤية والرد بخيار الشرط قبل القبض و بعده بقضاء القاضى و بغير قضاء القاضى والرد بخيار العيب قبل القبض بقضاء القاضى و بغير قضاء القاضى و بعد القبض بقضاء القاضى لا يجوز الشراء منه بأقل مما باع لان الرد فى هذه المواضع يكون فسخا والفسخ يكون رفعا من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يخرج عن ملكه أصلا ولو كان كذلك لكان لا يجوز له الشراء فكذا هذا ولو لم يشتره البائع لكن اشتراه بعض من لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة

لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله كما لا يجوز من البائع وعند أبي يوسف ومحمد يجوز كما يجوز من الاجنبي (وجه) قولهما ان كل واحد منهما أجنبي عن ملك صاحبه لانفصال ملكه عن ملك صاحبه فيقع عقد كل واحد منهما له لا لصاحبه كسائر الاجانب ثم شراء الاجنبي لنفسه جائز فكذا شراؤه لصاحبه ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة حتى لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه فكان معنى ملك كل واحد منهما ثابتا لصاحبه فكان عقده واقعا لصاحبه من وجه فيؤثر في فساد العقد احتياطا في باب الربا ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره أو مكاتبه أو بعض مماليكه ولا دين عليه أو عليه دين بأقل مما باع المولى لا يجوز كما لا يجوز عن المولى وكذا لو باع المدبر أو المكاتب أو بعض مماليكه ثم اشتراه المولى لا يجوز لان عقد هؤلاء يقع للمولى من وجه ولو كان وكيلا فباع واشترى بأقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز كما لو باع واشترى الموكل لنفسه لان المانع تمكن شبهة الربا وأن لا يفصل بين الوكيل والموكل ولذا سيدتنا عائشة رضي الله عنها لم تستفسر السائلة انها مالكة أو وكيلة ولو كان الحكم يختلف لاستفسرت وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يجز لانه لو اشتراه وكيله لم يجز فاذا اشتراه بنفسه أولى أن لا يجوز وكذا لو باعه الوكيل ثم اشتراه بعض من لا تجوز شهادة الوكيل له أو بعض من لا تجوز شهادة الموكل له لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز على ما مر ولو باع ثم وكل بنفسه انسانا بان يشترى له ذلك الشئ بأقل مما باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل فهو جائز للوكيل والثمنان يلتقيان قصاصا والزيادة من الثمن الاول لا تطيب للبائع ويكون ملكا له وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشتريا بالنفسه وقال محمد التوكيل صحيح الا أنه اذا اشتراه الوكيل يكون مشتريا للبائع شراء فاسدا ويملكه البائع ملكا فاسدا وهذا بناء على أصل لهم فأصل أبي حنيفة انه ينظر الى العاقد ويعتبر أهليته ولا يعتبر أهلية من يقع له حكم العقد ولهذا قال ان المسلم اذا وكل ذميا بشراء الخمر أو بيعها انه يجوز وكذا المحرم اذا وكل حلالا ببيع صيد له أو بشراء صيد جاز التوكيل عنده وتعتبر أهلية الوكيل وأصل أبي يوسف ومحمد انهما يعتبران أهلية العقد للعقد والمعقود له جميعا حتى لم يجز التوكيل عندهما في المسئلتين الا أن محمدا خالف أبا يوسف في هذه المسئلة وترك أصله حيث قال بصحة التوكيل ولم ينظر الى الموكل وعلى هذا الخلاف اذا وكل المسلم ذميا بان يشترى له من ذمي عبده بخمر وغير ذلك العبد ففعل الوكيل صح الشراء عند أبي حنيفة ويكون العبد للموكل وعلى الوكيل للبائع الخمر وهو يرجع بقيمة الخمر على موكله وعند أبي يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشتريا بالنفسه وعند محمد التوكيل صحيح ويكون مشتريا للموكل شراء فاسدا ولو باع بألف درهم حالة ثم اشتراه بألف درهم مؤجلة فالشراء فاسد لانه اشترى ما باع بأقل مما باع من حيث المعنى لان الحالة خير من المؤجلة وكذا لو باع بألف مؤجلة ثم اشتراه بألف مؤجلة الى أبعد من ذلك الاجل فهو فاسد لما قلنا ولو باع عبدا بألف وقبضه المشترى ثم اشتراه البائع وعبدا آخر قبل نقد الثمن فان الثمن يقسم عليهما على قدر قيمتهما ثم ينظر فان كانت حصة العبد الذي باعه مثل ثمنه او أكثر جاز الشراء فيهما جميعا أما في الذي لم يبعه فظاهر وكذا في الذي باعه لانه اشترى ما باع بمثل ما باع أو بأكثر مما باع قبل نقد الثمن وانه جائز وان كان أقل من ثمنه يفسد البيع فيه ولا يفسد في الآخر لان الفساد لكونه شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن وذلك وجد في أحدهما دون الآخر وهذا على أصلهما ظاهر وكذا على أصل أبي حنيفة فكان ينبغي أن يفسد فيهما لان من أصله ان الصفقة متى اشتملت على ابدال وفسدت في بعضها أن يتعدى الفساد الى الكل كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما جميعا صفقة واحدة وانما لم يفسد فيهما لان الفساد هناك باعتبار انه لما جمع بين الحر والعبد وباعهما صفقة واحدة فقد جعل قبول العقد في أحدهما شرطا لقبول العقد في الآخر والحر ليس بمحل لقبول العقد فيه بيقين فلا يصح القبول فيه فلا يصح في الآخر فلم ينعقد العقد أصلا والفساد ههنا باعتبار شراء ما باع بأقل مما باع وذلك وجد في أحدهما دون الآخر فيفسد في أحدهما دون الآخر لان الاصل اقتصار الفساد على قدر المفسد ولهذا لو جمع بين عبدين وباع أحدهما الى الحصاد او الدياس أن البيع يفسد فيما

في بيعه أجل ولا يفسد في الآخر وكذا لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر لوجود المفسد في أحدهما دون الآخر كذا هذا (ومنها) قبض رأس المال في بيع الدين بالعين وهو السلم والكلام في السلم في الاصل في ثلاثة مواضع أحدها في بيان ركنه والثاني في بيان شرائط الركن والثالث في بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه وما لا يجوز أما ركن السلم فهو لفظ السلم والسلف والبيع بان يقول رب السلم أسلمت اليك في كذا أو اسلفت لان السلم والسلف مستعملان بمعنى واحد يقال سلفت وأسلفت وأسلمت بمعنى واحد فاذا قال المسلم اليه قبلت فقد تم الركن وكذا اذا قال المسلم اليه بعت منك كذا وذكر شرائط السلم فقال رب السلم قبلت وهذا قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد الا بلفظ السلم لان القياس أن لا ينعقد أصلا لانه بيع ما ليس عند الانسان وانه منهى عنه الا ان الشرع ورد بجوازه بلفظ السلم بقوله ورخص في السلم (ولنا) ان السلم بيع فينعقد بلفظ البيع والدليل على انه بيع ما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم نهى عليه الصلاة والسلام عن بيع ما ليس عند الانسان عاما ورخص السلم بالرخصة فيه فدل ان السلم بيع ما ليس عند الانسان ليستقيم تخصيصه عن عموم النهى بالترخص فيه

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط الركن فهى في الاصل نوعان نوع يرجع الى نفس العقد ونوع يرجع الى البدل (أما) الذي يرجع الى نفس العقد فواحد وهو أن يكون العقد باتا عاريا عن شرط الخيار للعاقدين أو لاحدهما لان جواز البيع مع شرط الخيار في الاصل ثبت معدولا به عن القياس لانه شرط يخالف مقتضى العقد بثبوت الحكم للحال وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الاصل الا انا عرفنا جوازه بالنص والنص ورد في بيع العين فبقى ما وراءه على أصل القياس خصوصا اذا لم يكن في معناه والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار لانه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن لانه بيع المفاليس فلم يكن في معنى مورد النص فورود النص هناك لا يكون ورودا ههنا دلالة فبقى الحكم فيه للقياس ولان قبض رأس المال من شرائط الصحة على ما نذكره ولا صحة للقبض الا في الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع المستحق صحة القبض بخلاف المستحق انه لا يبطل السلم حتى لو استحق رأس المال وقد افترقا عن القبض وأجاز المستحق فالسلم صحيح لانه لما أجاز تبين ان العقد وقع صحيحا من حين وجوده وكذا القبض اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة وبخلاف خيار الرؤية والعيب لانه لا يمنع ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق بابدانهما ورأس المال قائم في يد المسلم اليه ينقلب العقد جائزا عندنا خلافا لزفر وقد مرت المسئلة وان كان هالكا أو مستهلكا لا ينقلب الى الجواز بالاجماع لان رأس المال يصير دينا على المسلم اليه والسلم لا ينعقد برأس مال دين فلا ينعقد عليه أيضا (وأما) الذي يرجع الى البدل فأنواع ثلاثة نوع يرجع الى رأس المال خاصة ونوع يرجع الى المسلم فيه خاصة ونوع يرجع اليهما جميعا (أما) الذي يرجع الى رأس المال فأنواع (منها) بيان جنسه كقولنا دراهم أو دنانير أو حنطة أو تمر (ومنها) بيان نوعه اذا كان في البلد نقود مختلفة كقولنا دراهم فتحية أو دنانير نيسابورية أو حنطة سقية أو تمر برنى (ومنها) بيان صفته كقولنا جيد او وسط أو ردىء لان جهالة الجنس والنوع والصفة مفضية الى المنازعة وانها مانعة صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم (ومنها) بيان قدره اذا كان مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة ولا يكتفى بالاشارة اليه وهذا قول أبي حنيفة وسفيان الثورى وأحد قولى الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد ليس بشرط والتعيين بالاشارة كاف وهو أحد قولى الشافعي رحمه الله ولو كان رأس المال مما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والعدديات المتفاوتة لا يشترط اعلام قدره ويكتفى بالاشارة بالاجماع وكذا اعلام قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط والاشارة كافية بالاجماع وصورة المسئلة اذا قال أسلمت اليك هذه الدراهم أو هذه الدنانير ولا يعرف وزنها أو هذه الصبرة ولم يعرف كيلها لا يجوز عند أبي حنيفة وعندهما يجوز ولو قال

أسلمت اليك هـذا الثوب ولم يعرف ذرعه أو هذا القطيع من الغنم ولم يعرف عـدده جاز بالاجماع (وجه) قولهما ان الحاجـة الى تعيين رأس المال وانه حصل بالاشارة اليه فلا حاجة الى اعلام قدره ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن فى بيع العين ولا فى السـلم اذا كان رأس المال مما يتعلق العقد بقدره ولابى حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال تؤدى الى جهالة قـدر المسـلم فيه وانها مفسدة للعقد فيلزم اعلام قدره صيانة للعقد عن الفساد ما أمكن كما اذا أسـلم فى المـكيل بمكيال نفسـه بعينه ودلالة انها تؤدى الى ماقلنا ان الدراهم على ماعليه العادة لاتخلو عن قليـل زيف وقد يرد الاستحقاق على بعضها فاذا رد الزائف ولم يستبدل فى مجلس الرد ولم يتجوز المستحق ينفسخ السـلم فى المسلم فيه بقدر المردود والمستحق و يبقى فى الباقى وذلك غـير معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر ولهذا لم يصح السلم فى المكيلات بقفيز بعينه لانه يحتمل هـلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم يصح كذا هـذا بخلاف بيع العين فان الزيف والاستحقاق هناك لا يؤثر فى العقد لان قبض الثمن غـير مستحق و بخلاف الثياب والعدديات المتفاوتة لان القدر فيها ملحق بالصفة ألا ترى انه لو قال أسلمت اليك هذا الثوب على انه عشرة أذرع فوجـده المسلم اليه أحد عشر سلمت الزيادة له فثبت ان الزيادة فيها تجرى مجرى الصـفة واعلام صفة رأس المال ليس بشرط لصحة السلم اذا كان معيناً مشاراً اليه وعلى هذا الخلاف اذا كان رأس المال جنسا واحدا مما يتعلق العقد على قدره فأسـلمه فى جنسين مختلفين كالحنطة والشعير أو نوعين مختلفين من جنس واحد كالهروى والمروى ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند أبى حنيفة وعندهما جائز ولو كان جنسا واحدا مما لا يتعلق العقد على قدره كالثوب والعددى المتفاوت فأسـلمه فى شيئين مختلفين ولم يبين حصة كل واحـد منهما من ثمن رأس المال فالثمن جائز بالاجماع ولو كان رأس المال من جنسين مختلفين أو نوعين مختلفين فأسـلمهما فى جنس واحد فهو على الاختلاف والـكلام فى هذه المسئلة بناء على الاصل الذى ذكرنا ان كون رأس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند أبى حنيفة وعندهما ليس بشرط (ووجه) البناء على هذا الاصل ان اعلام القدر لما كان شرطاً عنده فاذا كان رأس المال واحدا وقوبل بشيئين مختلفين كان انقسامه عليهـما من حيث القيمة لا من حيث الاجزاء وحصة كل واحد منهما من رأس المال لا تعرف الا بالحزر والظن فيبقى قدر حصة كل واحد منهما من رأس المال مجهولا وجهالة قدر رأس المال مفسدة للسلم عنده وعندهما اعـلام قدره ليس بشرط فجهالته لا تـكون ضارة ولو أسـلم عشرة دراهم فى ثوبين جنسهما واحـد ونوعهما واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد منهما من العشرة فالسلم جائز بالاجماع (اما عندهما) فظاهر لان اعلام قدر رأس المال ليس بشرط وأما عنده فلان حصة كل واحد منهما من رأس المال تعرف من غير حزر وظن فكان قدر رأس المال معلوما وصار كما اذا أسلم عشرة دراهم فى قفيزى حنطة ولم يبين حصة كل قفيز من رأس المال انه يجوز لما قلنا كذا هـذا ولو قبض الثوبين بعد محل الاجل ليس له أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة دراهم عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد له ذلك وله أن يبيعهما جميعاً مرابحة على عشرة بالاجماع وكذا لو كان بين حصة كل ثوب خمسة دراهم له أن يبيع أحدهما على خمسة مرابحة بلا خلاف ونذكر دلائل هذه الجملة فى مسائل المرابحة ان شاء الله تعالى (ومنها) أن يكون مقبوضاً فى مجلس السـلم لان المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقا عن دين بدين وانه منهى عنـه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسـلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ أى النسيئة بالنسيئة ولان مأخذ هذا العقد دليل على هذا الشرط فانه يسمى سلماً وسلفاً لغة وشرعاً تقول العرب أسلمت وأسلفت بمعنى واحد وفى الحديث من أسلم فليسلم فى كيل معلوم وروى من سلف فليسلف فى كيل معلوم والسلم ينبئ عن التسليم والسلف ينبئ عن التقدم فيقتضى لزوم تسليم رأس المال و يقدم قبضه على قبض المسلم فيه فان قيل شرط الشئ يسبقه أو يقارنه والقبض يعقب العقد فـكيف يكون شرطاً فالجواب ان القبض شرط بقاء العقد على الصحة لا شرط الصحة فان العقد ينعقد صحيحا بدون قبض ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض و بقاء العقد صحيحاً يعقب

العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطاً له وسواء كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً والقياس ان لا يشترط قبضه فى المجلس اذا كان عيناً وهو قول مالك رحمه الله (وجه) القياس ان اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين وهذا افتراق عن عين بدين وانه جائز (وجه) الاستحسان ان رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم الا نادراً والنادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين على ما هو الاصل فى الشرع فى الحاق المفرد بالجملة ولان مأخذ العقد فى الدلالة على اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل بين الدين والعين على ما ذكرنا وسواء قبض فى أول المجلس أو فى آخره فهو جائز لان ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة وكذا لو لم يقبض حتى قاما يمشيان فقبض قبل أن يفترقا بأبدانهما جاز لان ما قبل الافتراق بأبدانهما له حكم المجلس وعلى هذا يخرج الابراء عن رأس مال السلم انه لا يجوز بدون قبول رب السلم لان قبض رأس المال شرط صحة السلم فلو جاز الابراء من غير قبوله وفيه اسقاط هذا الشرط أصلا لكان الابراء فسخاً معنى وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الابراء وبقى عقد السلم على حاله واذا قبل جاز الابراء لان الفسخ حينئذ يكون بتراضيهما وانه جائز واذا جاز الابراء وانه فى معنى الفسخ انفسخ العقد ضرورة بخلاف الابراء عن المسلم فيه انه جائز من غير قبول المسلم اليه لانه ليس فى الابراء عنه اسقاط شرط لان قبض المسلم فيه ليس بشرط فيصح من غير قبول وبخلاف الابراء عن ثمن المبيع انه يصح من غير قبول المشترى الا انه يرتد بالرد لان قبض الثمن ليس بشرط لصحة البيع الا انه يرتد بالرد لان فى الابراء معنى التمليك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعاً لضرر المنة ولا يجوز الابراء عن المبيع لانه عين والابراء اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وعلى هذا يخرج الاستبدال برأس مال السلم فى مجلس العقد انه لا يجوز وهو ان يأخذ برأس مال السلم شيأ من غير جنسه لان قبض رأس المال لما كان شرطاً فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة وانما يقبض بدله وبدل الشئ غيره وكذلك الاستبدال ببدل الصرف لما قلنا فان أعطى رب السلم من جنس رأس المال أجود أو أردأ أو رضى المسلم اليه بالاردإ جاز لانه قبض جنس حقه وانما اختلف الوصف فان كان أجود فقد قضى حقه وأحسن فى القضاء وان كان أردأ فقد قضى حقه أيضاً لكن على وجه النقصان فلا يكون أخذ الاجود والاردإ استبدالا الا انه لا يجبر على أخذ الاردإ لان فيه فوات حقه عن صفة الجودة فلا بد من رضاه وهل يجبر على الاخذ اذا أعطاه أجود من حقه قال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله يجبر عليه وقال زفر لا يجبر (وجه) قوله ان رب السلم فى اعطاء الزيادة على حقه متبرع والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من الزام المنة فلا يلزمه من غير التزامه (ولنا) ان اعطاء الاجود مكان الجيد فى قضاء الديون لا يعد فضلا وزيادة فى العادات بل يعد من باب الاحسان فى القضاء ولواحق الايفاء فاذا أعطاه الاجود فقد قضى حق صاحب الحق وأجمل فى القضاء فيجبر على الاخذ (وأما) الاستبدال بالمسلم فيه بجنس آخر فلا يجوز أيضاً لكن بناء على أصل آخر ذكرناه فيما تقدم وهو ان المسلم فيه مبيع منقول وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وان أعطى أجود أو أردأ فحكمه حكم رأس المال وقد ذكرناه (وأما) استبدال رأس مال السلم بجنس آخر بعد الاقالة أو بعد انفساخ السلم العارض فلا يجوز عندنا خلافاً لزفر ويجوز استبدال بدل الصرف بعد الاقالة بالاجماع وقدم الكلام فيه والفرق فيما تقدم وتجوز الحوالة برأس مال السلم على رجل حاضر والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع شرائطه فيجوز كما فى سائر العقود فلو امتنع الجواز فانما يمتنع لمكان الخلل فى شرط عقد السلم وهو القبض وهذه العقود لا تخل بهذا الشرط بل تحققه لكونها وسائل الى استيفاء الحق فكانت مؤكدة له هذا مذهب أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وقال زفر لا يجوز لان هذه العقود شرعت لتوثيق حق يحتمل التأخر عن المجلس فلا يحصل ما شرع له العقد فلا يصح وهذا غير سديد لان معنى التوثيق يحصل فى الحقين جميعاً فجاز العقد فيهما جميعاً ثم اذا جازت الحوالة والكفالة فان قبض المسلم اليه رأس مال السلم من المحال عليه أو الكفيل أو من رب السلم فقد تم العقد بينهما اذا كانا فى المجلس سواء بقى المحيل والكفيل أو افترقا بعد ان كان العاقدان فى المجلس وان افترق العاقدان بأنفسهما قبل القبض

بطل السلم و بطلت الحوالة والكفالة وان بقى المحال عليه والكفيل فى المجلس فالعبرة لبقاء العاقدين وافتراقهما لا لبقاء الحويل والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين فكان المعتبر مجلسهما وعلى هذا الحوالة والكفالة ببدل الصرف انهما جائزان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقدين بابدانهما شرط وافتراق المحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا فان افترق العاقدان بابدانهما قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف و بطلت الحوالة والكفالة كما فى السلم (وأما) الرهن برأس مال السلم فان هلك الرهن فى المجلس وقيمته مثل رأس المال أو أكثر فقد تم العقد بينهما لانه حصل مستوفيا لرأس المال لان قبض الرهن قبض استيفاء لانه قبض مضمون وقد تقرر الضمان بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه فى المالية فيتقاصان فحصل الافتراق عن قبض رأس المال فتم عقد السلم وان كانت قيمته أقل من رأس المال تم العقد بقدره و يبطل فى الباقى لانه استوفى من رأس المال بقدره وان لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول الافتراق لا عن قبض رأس المال وعليه رد الرهن على صاحبه وكذا هذا الحكم فى بدل الصرف اذا أخذ به رهنا انه ان هلك الرهن قبل افتراق العاقدين بابدانهما تم عقد الصرف لانه بالهلاك صار مستوفيا وان لم يهلك حتى افترقا بطل الصرف لفوات شرط الصحة وهو القبض كما فى السلم والله سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان رأس المال دينا على المسلم اليه أو على غيره فاسلمه انه لا يجوز لان القبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقا عن دين بدين وانه منهى فان نقده فى المجلس جاز ان كان الدين على المسلم اليه ولان المانع ههنا ليس الا انعدام القبض حقيقة وقد زال وان كان على غيره لا يجوز وان نقده فى المجلس لكن هناك مانع آخر وهو العجز عن التسليم لان ما فى ذمة الغير لا يكون مقدور التسليم والقدرة على التسليم عند العقد من شرائط الصحة على ما مر وهذا المانع منعدم فى الفصل الاول لان ذمة المسلم اليه فى يده فكان قادرا على التسليم عند العقد وانما لم يجز لعدم القبض واذا وجد جاز ولو أسلم دينا وعينا وافترقا جاز فى حصة العين و بطل فى حصة الدين لان الاصل ان الفساد يقدر المفسد والمفسد عدم القبض وانه يخص الدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى عبدين ولم يقبضهما حتى هلك أحدهما قبل القبض انه يبطل العقد فى الهالك و يبقى فى الآخر لما قلنا كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قبض رأس المال ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه انه يبطل السلم و بيان ذلك ان جملة رأس المال لا تخلو اما أن تكون عينا وهو ما يتعين بالتعيين واما أن تكون دينا وهو ما لا يتعين بالتعيين والعين لا تخلو اما أن توجد مستحقا أو معيبا والدين لا يخلو اما أن يوجد مستحقا أو زيوفا أو نبهرجة أو ستوقا أو رصاصا وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون قبل الافتراق أو بعده وجد كله كذلك أو بعضه دون بعض وكذلك أحد المتصارفين اذا وجد بدل الصرف كذلك فهو على التفاصيل التى ذكرنا فان كان رأس المال عينا فوجده المسلم اليه مستحقا أو معيبا فان لم يجز المستحق ولم يرض المسلم اليه بالعيب يبطل السلم سواء كان بعد الافتراق أو قبله لانه انتقض القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن اقامة غيره مقامه فى القبض لانه معين فيحصل الافتراق لا عن قبض رأس المال فى المجلس فيبطل السلم وان أجاز المستحق ورضى المسلم اليه بالعيب جاز السلم سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه تبين ان قبضه وقع صحيحا فحصل الافتراق عن قبض رأس المال أولا ولا سبيل للمستحق على المقبوض لانه لما أجاز فقد صار المقبوض ملكا للمسلم اليه وله أن يرجع على الناقد بمثله ان كان مثليا او بقيمته ان لم يكن مثليا لانه أتلف عليه ماله بالتسليم وكذا فى الصرف غير أن هناك اذا كان البدل المستحق أو المعيب عينا كالتبر والمصوغ من الفضة ولم يجز المستحق ولا رضى القابض بالمعيب حتى بطل الصرف يرجع على قابض الدينار بعين الدينار ان كان قائما و بمثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار فى ظاهر الرواية كما فى بيع العين اذا استحق المبيع وأخذه المستحق ولو كان قابض الدينار تصرف فيه وأخرجه من ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما فى المقبوض بعقد فاسد هذا اذا كان رأس المال عينا فاما اذا كان دينا فان وجده مستحقا وأجاز المستحق فالسلم ماض سواء كان قبل الافتراق أو بعده لانه ظهر ان القبض كان صحيحا ولا

سبيل للمشترى على المقبوض و يرجع على الناقد بمثله لانه أتلفه بالتسليم وهو مثلى فيرجع عليه بمثله وان لم يجز فان كان قبل الافتراق واستبدل فى المجلس فالسلم ماض لان رأس المال اذا كان دينا كان الواجب فى ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه فقبض المستحق ان لم يصح أو انتقض بالاستحقاق وعدم الاجازة يقوم قبض مثله مقامه فيرجع عليه بمثله و يلحق ذلك الذى كان بالعدم كأنه لم يقبض وأخر القبض فيه الى آخر المجلس بخلاف ما اذا كان عينا لان المستحق هناك قبض العين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر اقامة قبض غيره مقامه فجعل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد وان كان بعد الافتراق يبطل السلم لانه تبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال هذا اذا وجده مستحقا فاما اذا وجده زيوفا أو نبهرجة فان تجوز المسلم اليه فالسلم ماض على الصحة سواء وجده قبل الافتراق أو بعده لان الزيوف من جنس حقه لانها دراهم لكنها معيبة بالزيافة وفوات صفة الجودة فاذا تجوز به فقد أبرأه عن العيب و رضى بقبض حقه مع النقصان بخلاف الستوق فانه لا يجوز وان تجوز به لانه ليس من جنس الدراهم على ما نذكره وان لم يتجوز به و رده فان كان قبل الافتراق واستبدله فى المجلس فالعقد ماض وجعل كأنه أخر القبض الى آخر المجلس وان كان بعد الافتراق بطل السلم عند أبى حنيفة و زفر سواء استبدل فى مجلس الرد أولا وعند أبى يوسف ومحمد ان لم يستبدل فى مجلس الرد فكذلك وان استبدل لا يبطل السلم (وجه) قولهما ان قبض الزيوف وقع صحيحا لانه قبض جنس الحق الا يرى انه لو تجوز بها جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق الا انه فاتته صفة الجودة بالزيافة فكانت من جنس حقه أصلا لا وصفا فكانت الزيافة فيها عيبا والمعيب لا يمنع صحة القبض كما فى بيع العين اذا كان المبيع معيبا و بالرد ينتقض القبض لكن مقصورا على حالة الرد ولا يستند الانتقاض الى وقت القبض فيبقى القبض صحيحا كان ينبغى ان لا يشترط قبض بدله فى مجلس الرد لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط لان للرد شبها بالعقد حيث لا يجب القبض فى مجلس الرد الا بالرد كما لا يجب القبض فى مجلس العقد الا بالعقد فالحق مجلس الرد بمجلس العقد (وجه) قول أبى حنيفة و زفر رحمهما الله ان الزيوف من جنس حق المسلم اليه لكن أصلا لا وصفا ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه فى الاصل والوصف جميعا فصار بقبض الزيوف قابضا حقه من حيث الاصل لا من حيث الوصف الا انه اذا رضى به فقد أسقط حقه عن الوصف وتبين ان المستحق هو قبض الاصل دون الوصف لابرائه اياه عن الوصف فاذا قبضه فقد قبض حقه فيبطل المستحق وان لم يرض به تبين انه لم يقبض حقه لان حقه فى الاصل والوصف جميعا فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس مال السلم هذا اذا وجده زيوفا أو نبهرجة فاما اذا وجده ستوقا أو رصاصا فان وجده بعد الافتراق بطل السلم لان الستوق ليس من جنس الدراهم الا يرى انها لا تروج فى معاملات الناس فلم تكن من جنس حقه أصلا ووصفا فكان الافتراق عن المجلس لا عن قبض رأس المال فيبطل السلم وسواء تجوز به أولا لانه اذا لم يكن من جنس حقه كان التجوز به استبدالا برأس مال السلم قبل القبض وانه لا يجوز بخلاف الزيوف فانها من جنس حقه على ما بينا وان وجده فى المجلس فاستبدل فالسلم ماض لان قبضه وان لم يصح فقد بقى الواجب فى ذمة رب السلم دراهم هى حق المسلم اليه فاذا قبضها فقد قبض حقه فى المجلس والتحق قبض الستوق بالعدم كأنه لم يقبض أصلا وأخر قبض رأس المال الى آخر المجلس وكذا فى الصرف غير ان هناك اذا ظهر ان الدراهم ستوقة أو رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى بطل الصرف فقابض الدينار يسترد دراهمه الستوقة وقابض الدراهم يسترد من قابض الدينار عين ديناره ان كان قائما ومثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار كذا ذكر محمد فى الاصل لانه اذا ظهر ان المقبوض ستوقة أو رصاص فقد ظهر ان قبضه لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض فبطل السلم و بقى الدينار فى يده من غير سبب شرعى فأشبه يد الغصب واستحقاق المبيع فى بيع العين وهناك يسترد عينه ان كان قائما كذا ههنا وطعن عيسى بن أبان وقال ينبغى أن يكون قابض الدينار بالخيار ان شاء رد عين الدينار وان شاء

ردمثله ولا يستحق عليه رد عين الدينار وان كان قائما لانه لم يكن متعينا فى العقد فلا يكون متعينا فى الفسخ والاعتبار
باستحقاق المبيع غير سديد لان هناك ظهر بطلان العقد من الاصل لانه اذا لم يجز المستحق تبين ان العقد وقع باطلا
من حين وجوده وهناك العقد وقع صحيحا وانما بطل فى المستقبل لعارض طرأ عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من
الاصل وبعض مشايخنا أخذوا بقول عيسى ونصر وه وحملوا جواب الكتاب على ما اذا اختار قابض الدينار رد
عين الدينار والله سبحانه وتعالى أعلم هذا الذى ذكرنا اذا وجد المسلم اليه كل رأس المال مستحقا أو معيبا أو زيوفا
أو ستوقا فاما اذا وجد بعضه دون بعض ففى الاستحقاق اذا لم يجز المستحق ينقص العقد بقدر المستحق سواء كان
رأس المال عينا أو دينا بلا خلاف لان القبض انتقص فيه بقدره وكذا فى الستوق والرصاص فبطل العقد بقدره
قليلا كان أو كثيرا بالاجماع لما قلنا وكذا هذا فى الصرف غير ان هناك قابض الستوقة يصير شريكا لقابض الدينار
فى الدينار الذى دفعه بدلا عن الدراهم فيرجع عليه بعينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما ذكرنا وأما فى
الزيوف والنبهرجة فقياس قول أبى حنيفة رحمه الله أن ينقص العقد بقدره اذا لم يتجوز ورده استبدل فى
مجلس الرد أولا وهو قول زفر لانه تبين ان قبض المردود لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض رأس المال فى
قدر المردود فيبطل السلم بقدره الا أنه استحسن فى القليل وقال ان كان قليلا فرده واستبدل فى ذلك المجلس فالعقد
ماض فى الكل وان كان كثيرا يبطل العقد بقدر المردود لان الزيافة فى القليل مما لا يمكن التحرز عنه لان الدراهم لا تخلو
عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير واختلفت الرواية عن أبى حنيفة فى الحد الفاصل بين القليل والكثير
مع اتفاق الروايات على أن الثلث قليل وفى رواية عنه ان ما زاد على الثلث يكون كثيرا وفى رواية النصف وفى رواية
عنه الزائد على النصف وكذا هذا فى الصرف غير أن هناك اذا كثرت الزيوف فرد حتى بطل العقد فى قدر المردود
عند أبى حنيفة يصير شريكا لقابض الدينار فيسترد منه عينه وعلى قول عيسى قابض الدينار بالخيار على ما بينا ولو كان
تصرف فيه أو أخرجه عن ملكه لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما فى البيع الفاسد على ما مر وكل جواب عرفته فى
السلم والصرف فهو الجواب فى عقد تتعلق صحته بالقبض قبل الافتراق مما سوى الصرف والسلم كمن كان له على آخر
دنانير فصالح منها على دراهم أو كان له على آخر مكيل أو موزون موصوف فى الذمة أو غيرهما مما يثبت مثله فى الذمة دينا
فصالح منها على دراهم أو نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل الافتراق عن المجلس شرطا لصحة العقد
فقبض الدراهم ثم وجدها مستحقة أو زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة أو رصاصا كلها أو بعضها قبل الافتراق أو بعده والله
سبحانه وتعالى أعلم وعلى هذا تخرج مقاصة رأس مال السلم بدين آخر على المسلم اليه بان وجب على المسلم اليه دين
مثل رأس المال انه هل يصير رأس المال قصاصا بذلك الدين أم لا فهذا لا يخلو اما ان وجب دين آخر بالعقد واما ان
وجب بعقد متقدم على عقد السلم واما ان وجب بعقد متأخر عنه فان وجب بعقد متقدم على السلم بان كان رب السلم
باع المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى أسلم اليه عشرة دراهم فى كر حنطة فان جعلا الدينين قصاصا أو
تراضيا بالمقاصة يصير قصاصا وان أبى أحدهما لا يصير قصاصا وهذا استحسان والقياس أن لا يصير قصاصا كيف
ما كان وهو قول زفر (وجه) قوله ان قبض رأس المال شرط والحاصل بالمقاصة ليس بقبض حقيقة فكان الافتراق
حاصلا لا عن قبض رأس المال فبطل السلم (ولنا) ان العقد ينعقد موجبا للقبض حقيقة لولا المقاصة فاذا تقاصا
تبين ان العقد انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد ونظيره ما قلنا فى الزيادة فى الثمن والمثمن انها جائزة استحسانا
وتلتحق بأصل العقد لان بالزيادة تبين ان العقد وقع على المزيد عليه وعلى الزيادة جميعا كذا هذا وان وجب بعقد
متأخر عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا الا رواية عن أبى يوسف شاذة لان بالمقاصة لا يتبين ان العقد وقع
موجبا قبضا بطريق المقاصة من حين وجوده لان المقاصة تستدعى قيام دينين ولم يكن عند عقد السلم الا دين واحد
فانعقد موجبا حقيقة القبض وانه لا يحصل بالمقاصة هذا اذا وجب الدين بالعقد فاما اذا وجب بالقبض كالغصب

والقرض فانه يصير قصاصا سواء جعلاه قصاصا أولا بعد ان كان وجوب الدين الآخر متأخرا عن العقد لان العقد ان انعقد موجبا قبضاً حقيقة فقد وجد ههنا لكن قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض رأس المال لانه واجب وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ايقاعه عن الواجب أولى بخلاف ما تقدم لان هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق المقاصة يمكن فى أحد الفصلين دون الآخر على ما بينا والله عز وجل أعلم هذا اذا تساوى الدينان فأما اذا تفاضلا بان كان أحدهما أفضل والآخر أدون فرضى أحدهما بالقصاص وأبى الآخر فانه ينظر ان أبى صاحب الافضل لا يصير قصاصا لان حقه فى الجودة معصوم محترم فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه وان أبى صاحب الادون يصير قصاصا لانه لما رضى به صاحب الافضل فقد أسقط حقه عن الفضل كانه قضى دينه فأعطاه أجود مما عليه وهناك يجبر على الاخذ كذا هذا والله سبحانه وتعالى أعلم وكذلك المقاصة فى ثمن الصرف تخرج على هذه التفاصيل التى ذكرناها فى رأس مال السلم فافهم والله الموفق للصواب ثم ما ذكرنا من اعتبار هذا الشرط وهو قبض رأس المال حال بقاء العقد فأما بعد ارتفاعه بطريق الاقالة أو بطريق آخر فقبضه ليس بشرط فى مجلس الاقالة بخلاف القبض فى مجلس العقد وقبض بدل الصرف فى مجلس الاقالة انه شرط لصحة الاقالة كقبضهما فى مجلس العقد (ووجه) الفرق أن القبض فى مجلس العقد فى البابين ما هو شرط لعينه وانما هو شرط للتعيين وهو أن يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين بدين على ما بينا ولا حاجة الى التعيين فى مجلس الاقالة فى السلم لانه لا يجوز استبداله فيعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الى التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض فلا يراعى له المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض لان استبداله جائز فلابد من شرط القبض فى المجلس ليتعين والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى المسلم فيه فأنواع أيضا (منها) أن يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة أو شعير أو تمر (ومنها) أن يكون معلوم النوع كقولنا حنطة سقية أو بخسية تمر برنى أو فارسى هذا اذا كان مما يختلف نوعه فان كان مما لا يختلف فلا يشترط بيان النوع (ومنها) أن يكون معلوم الصفة كقولنا جيد أو وسط أو ردىء (ومنها) أن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العد أو الذرع لان جهالة النوع والجنس والصفة والقدر جهالة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وقال النبى عليه الصلاة والسلام من أسلم منكم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم (ومنها) أن يكون معلوم القدر بكيل أو وزن أو ذرع يؤمن عليه فقده عن ايدى الناس فان كان لا يؤمن فالسلم فاسد بان أعلم قدره بمكيال لا يعرف عياره بان قال بهذا الاناء ولا يعلم كم يسع فيه أو بحجر لا يعرف عياره بان قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه أو بخشبة لا يعرف قدرها بان قال بهذه الخشبة ولا يعرف مقدارها أو بذراع يده ولو كان هذا فى بيع العين بان قال بعتك من هذه الصبرة ملء هذا الاناء بدرهم أو من هذا الزيت وزن هذا الحجر بدرهم يجوز فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله انه لا يجوز فى بيع العين أيضا كما لا يجوز فى السلم وروى عن أبى يوسف انه كان يقول أولا لا يجوز ثم رجع وقال يجوز (وجه) هذه الرواية ان هذا البيع مكايلة والعلم بمقدار المبيع فى بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد فيفسد كما لو باع قفيزا من هذه الصبرة ولظاهر الرواية الفرق بين السلم وبين بيع العين (ووجه) الفرق بينهما من وجهين أحدهما ان التسليم فى باب السلم لا يجب عقيب العقد وانما يجب بعد محل الاجل فيحتمل أن يهلك الاناء قبل محل الاجل وهذا الاحتمال ان لم يكن غالبا فليس بنادر أيضا واذا هلك يصير المسلم فيه مجهول القدر بخلاف بيع العين لانه يوجب التسليم عقيب العقد وهلاك القفيز عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير المبيع مجهول القدر والثانى ان القدرة على تسليم المبيع شرط انعقاد العقد وصحته والقدرة على التسليم عند العقد فائتة فى باب السلم لان السلم بيع المفاليس وفى ثبوت القدرة عند محل الاجل شك قد تثبت وقد لا تثبت لانه ان بقى المكيال والحجر والخشبة تثبت وان لم يبق لا يقدر فوقع

الشك فى ثبوت القدرة فلا تثبت بالشك على الاصل المعهود فى غير الثابت بيقين اذا وقع الشك فى ثبوته انه لا يثبت
بخلاف بيع العين لان هناك القدرة على التسليم ثابتة عند العقد وفى فواتها بالهلاك شك فلا تفوت بالشك على الاصل
المعهود فى الثابت بيقين اذا وقع الشك فى زواله أنه لا يزول بالشك وأما قوله ان العلم بمقدار المبيع فى بيع المكايلة شرط
الصحة فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية الى المنازعة وهذا النوع من الجهالة
لا يفضى الى المنازعة لامكان الوصول الى العلم بقدر المبيع بالكيل للحال بخلاف بيع قفزان من الصبرة لان هناك
لا طريق للوصول الى العلم بمقدار المبيع فالمشترى يطالبه بزيادة والبائع لا يعطيه فيتنازعان فكانت الجهالة مفضية
الى المنازعة فهو الفرق بين الفصلين وقيل انما يجوز هذا فى بيع العين اذا كان الاناء من خزف أو خشب أو حديد أو
نحو ذلك لانه لا يحتمل الزيادة والنقصان وأما اذا كان مثل الزنبيل والجوالق والغرارة ونحو ذلك فلا يجوز لانه يحتمل
الزيادة والنقصان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو كان المسلم فيه مكيلا فاعلم قدره بالوزن المعلوم أو كان موزونا فاعلم قدره
بالكيل المعلوم جاز لان الشرط كونه معلوم القدر بمعيار يؤمن فقده وقد وجد بخلاف ما اذا باع المكيل بالمكيل وزنا
وزن متساويا فى الوزن أو باع الموزون بالموزون كيلا بكيل متساويا فى الكيل انه لا يجوز ما لم يتساويا فى الكيل
أو الوزن لان شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم بالقدر كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن فأما شرط
الكيل والوزن فى الاشياء التى ورد الشرع فيها باعتبار الكيل والوزن فى بيع العين ثبت نصا فكان بيعها بالكيل
أو الوزن مجازفة فلا يجوز أما فى باب السلم فاعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار المسلم فيه وقد حصل والله عز وجل
أعلم (ومنها) أن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الا تفاوت يسير
فان كان مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه لانه اذا لم يمكن ضبط قدره وصفته
بالوصف يبقى مجهول القدر أو الوصف جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وبيان ذلك انه
يجوز السلم فى المكيلات والموزونات التى تحتمل التعيين والعدديات المتقاربة أما المكيلات والموزونات
فلانها ممكنة الضبط قدرا وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه الا تفاوت يسير لانها من
ذوات الامثال وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز والبيض لان الجهالة فيها يسيرة لا تفضى الى المنازعة
وصغير الجوز والبيض وكبيرهما سواء لانه لا يجرى التنازع فى ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة
فكان ملحقاً بالعدم فيجوز السلم فيها عدداً وكذلك كيلا وهذا عندنا وقال زفر لا يجوز (وجه) قوله ان الجوز والبيض
مما يختلف ويتفاوت فى الصغر والكبر حتى يشترى الكبير منها بأكثر مما يشترى الصغير فأشبه البطيخ والرمان (ولنا) ان
التفاوت بين صغير الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبرة ولهذا كان مضمونا بالمثل عند
الاتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فان التفاوت بين آحاده تفاوت فاحش ولهذا كان مضمونا بالقيمة (وأما) السلم
فى الفلوس عددا فجائز عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يجوز بناء على ان الفلوس أثمان عنده فلا يجوز السلم فيها
كما لا يجوز السلم فى الدراهم والدنانير وعندهما ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لانها ثبتت بالاصطلاح فتزول
بالاصطلاح واقدام العاقدين على عقد السلم فيها مع علمهما أنه لا صحة للسلم فى الاثمان اتفاق منهما على اخراجها عن
صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها فى حق العاقدين سابقاً على العقد وتصير سلعاً عددية فيصح السلم فيها كما فى سائر السلع العددية
كالنصال ونحوها (وأما) الذرعيات كالثياب والبسط والحصير والبوارى ونحوها فالقياس أن لا يجوز السلم فيها لانها
ليست من ذوات الامثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ولهذا لم تضمن بالمثل فى ضمان العدديات بل بالقيمة فاشبه
السلم فى اللآلئ والجواهر الا انا استحسنا الجواز لقوله عز وجل فى آية الدين ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً الى
أجله والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير وانما يقال ذلك فى الذرعيات والعدديات ولان الناس تعاملوا
السلم فى الثياب لحاجتهم الى ذلك فيكون اجماعا منهم على الجواز فيترك القياس بمقابلته ولانه اذا بين جنسه وصفته ونوعه

ورفعته وطوله وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثل فى باب السلم شرعا لحاجة الناس ولا حاجة الى الالحاق بالمثل فى باب الاستهلاك مع ما ان هذا الاعتبار غير سديد لانه قد يحتمل فى المعاملات من التفاوت اليسير ما لا يحتمل مثله فى الاتلافات فان الاب اذا باع مال ولده بغبن يسير جاز ولا يضمن ولو أتلف عليه شيأ يسيرا من ماله يضمن فلا يستقيم الاستبدال هذا اذا أسلم فى ثوب الكرباس أو الكتان فاما اذا أسلم فى ثوب الحرير فهل يشترط فيه بيان الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض ان كان مما تختلف قيمته باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوى فى الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط لان بعد بيان هذه الاشياء تبقى جهالته مفضية الى المنازعة وان كان مما لا يختلف يجوز لان جهالة الوزن فيه لا تفضى الى المنازعة ولا يجوز السلم فى العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر واللآلى والجوز والجلود والادم والرؤس والاكارع والبطيخ والقثاء والرمان والسفرجل ونحوها من العدديات المتفاوتة لانه لا يمكن ضبطها بالوصف اذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر ولؤلؤ ولؤلؤ وحيوان وحيوان وكذا بين جلد وجلد ورأس ورأس فى الصغر والكبر والسمن والهزال وقال الشافعى رحمه الله يجوز السلم فى الحيوان (وجه) قوله ان المانع من الجواز هنا جهالة المسلم فيه وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة والسن لان الحيوان معلوم الجنس والنوع والصفة فكان مضبوط الوصف والتفاوت فيما وراء ذلك لا يعتبر ولهذا وجب دينا فى الذمة فى النكاح فاشبه الثياب (ولنا) ان بعد بيان هذه الاشياء يبقى بين فرس وفرس تفاوت فاحش فى المالية فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة وانها مانعة صحة العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف فى الحيوان والسلف والسلم واحد فى اللغة والاعتبار بالنكاح غير سديد لانه يتحمل جهالة لا يتحملها البيع ألا ترى أنه يصح من غير ذكر البدل وببدل مجهول وهو مهر المثل ولا يصح البيع الا ببدل معلوم فلا يستقيم الاستدلال ولا يجوز السلم فى التبن أحمالا أو أوقارا لان التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش الا اذا أسلم فيه بقبان معلوم من قبا بين التجار فلا يختلف فيجوز ولا يجوز السلم فى الحطب حزما ولا أوقارا للتفاوت الفاحش بين حزمة وحزمة ووقر ووقر وكذا فى القصب والحشيش والعيدان الا اذا وصفه بوصف يعرف ويتقارب التفاوت فيجوز ويجوز السلم فى اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لا يختلف ولا يتفاوت الا يسيرا وكذا فى الطوابيق اذا وصفها بوصف يعرف على وجه لا يبقى بعد الوصف جهالة مفضية الى المنازعة لان الفساد للجهالة فاذا صار معلوما بالوصف جاز وكذا فى طشت أو قمقمة أو خفين أو نحو ذلك ان كان يعرف يجوز وان كان لا يعرف لا يجوز لان المسلم فيه دين حقيقة والدين يعرف بالوصف فان كان مما يحصل تمام معرفته بالوصف بأن لم تبق فيه جهالة مفضية الى المنازعة جاز السلم فيه والا فلا ولو استصنع رجل شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا والكلام فى الاستصناع فى مواضع فى بيان جوازه انه جائز أم لا وفى بيان شرائط جوازه وفى بيان كيفية جوازه وفى بيان حكمه (أما) الاول فالقياس يأبى جواز الاستصناع لانه بيع المعدوم كالسلم بل هو أبعد جوازا من السلم لان المسلم فيه تحتمله الذمة لانه دين حقيقة والمستصنع عين توجد فى الثانى والاعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد أبعد عن القياس عن السلم وفى الاستحسان جاز لان الناس تعاملوه فى سائر الاعصار من غير نكير فكان اجماعا منهم على الجواز فيترك القياس ثم هو بيع عند عامة مشايخنا وقال بعضهم هو عدة وليس بسديد لان محمدا ذكر القياس والاستحسان فى جوازه وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعدات وكذا اثبت خيار الرؤية للمستصنع وأنه من خصائص البيوع وكذا من شرط جوازه أن يكون فيما للناس فيه تعامل والعدات لا يتقيد جوازها بهذه الشرائط فدل ان جوازه جواز البياعات لا جواز العدات والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) شرائط جوازه (فمنها) بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته لانه مبيع فلا بد وأن يكون معلوما والعلم انما يحصل بأشياء (منها) أن يكون ما للناس فيه تعامل كالقلنسوة

والخف والآنية ونحوها فلا يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما اذا أمر حائكا أن يحوك له ثوبا بغزل نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لان جوازه مع ان القياس يأباه ثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل ويبقى الامر فيما وراء ذلك موكولا الى القياس ( وأما ) كيفية جوازه فهى أنه عقد غير لازم فى حق كل واحد منهما قبل رؤية المستصنع والرضا به حتى كان للصانع أن يمتنع من الصنع وأن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع وللمستصنع أن يرجع أيضا لان القياس أن لا يجوز أصلا الا ان جوازه ثبت استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس وحاجتهم قبل الصنع او بعده قبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب الى الجواز دون اللزوم فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس ( وأما ) حكم الاستصناع فحكمه فى حق المستصنع اذا أتى الصانع بالمستصنع على الصفة المشروطة ثبوت ملك غير لازم فى حقه حتى يثبت له خيار الرؤية اذا رآه ان شاء أخذه وان شاء تركه وفى حق الصانع ثبوت ملك لازم اذا رآه المستصنع ورضى به ولا خيار له وهذا جواب ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة أنه غير لازم فى حق كل واحد منهما حتى يثبت لكل واحد منهما الخيار وروى عن أبى يوسف رحمه الله أنه لازم فى حقهما حتى لا خيار لاحدهما لا للصانع ولا المستصنع أيضاً (وجه) رواية أبى يوسف ان فى اثبات الخيار للمستصنع اضرارا بالصانع لانه قد أفسد متاعه وفرى جلده وأتى بالمستصنع على الصفة المشروطة فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعاً للضرر عنه ( وجه ) الرواية الاولى ان فى اللزوم اضرارا بهما جميعاً أما اضرار الصانع فلما قال أبو يوسف وأما ضرر المستصنع فلان الصانع متى لم يصنعه واتفق له مشتر يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب ان يثبت الخيار لهما دفعاً للضرر عنهما ( وجه ) ظاهر الرواية وهو اثبات الخيار للمستصنع لا للصانع ان المستصنع مشتر شيأ لم يره لان المعقود عليه وهو المستصنع وان كان معدوما حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً حتى جاز العقد استحسانا ومن اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه والصانع بائع شيأ لم يره فلا خيار له ولان الزام حكم العقد فى جانب المستصنع اضرار لان من الجائز أن لا يلائمه المصنوع ولا يرضى به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج الى بيعه من غيره ولا يشترى منه بمثل قيمته فيتضرر به وليس فى الالزام فى جانب الصانع ضرر لانه ان لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته وذلك ميسر عليه لكثرة ممارسته هذا اذا استصنع شيأ ولم يضرب له أجلا فاما اذا ضرب له أجلا فانه ينقلب سلما عند أبى حنيفة فلا يجوز الا بشرائط السلم ولا خيار لواحد منهما كما فى السلم وعندهما هو على حاله استصناع وذكر الاجل للتعجيل ولو ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلماً بالاجماع (وجه) قولهما ان هذا استصناع حقيقة فلو صار سلما انما يصير بذكر المدة وأنه قد يكون للاستعجال كما فى الاستصناع فلا يخرج عن كونه استصناعا مع الاحتمال ولابى حنيفة ان الاجل فى البيع من الخصائص اللازمة للسلم فذكره يكون ذكرا للسلم معنى وان لم يذكره صريحا كالكفالة بشرط براءة الاصيل انها حوالة معنى وان لم يأت بلفظ الحوالة وقوله ذكر الوقت قد يكون للاستعجال قلنا لو حمل على الاستعجال لم يكن مفيداً لان التعجيل غير لازم ولو حمل على حقيقة التأجيل لكان مفيداً لانه لازم فكان الحمل عليه أولى ولا يجوز السلم فى اللحم فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز اذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنه وموضعه لان الفساد لمكان الجهالة وقد زالت ببيان هذه الاشياء ولهذا كان مضمونا بالمثل فى ضمان العدوان ولابى حنيفة ان الجهالة تبقى بعد بيان ما ذكرنا من وجهين (أحدهما) من جهة الهزال والسمن (والثانى) من جهة قلة العظم وكثرته وكل واحدة منهما مفضية الى المنازعة وقياس الوجه الثانى أنه لو أسلم فى منزوع العظم يجوز وهو رواية الكرخى عن أبى حنيفة رحمهما الله وقياس الوجه الاول أنه لا يجوز كيف ما كان وهو ظاهر الرواية عن أبى حنيفة وهو الصحيح لانه ان زالت الجهالة من إحدى الجهتين بقيت من جهة أخرى وهى جهالة السمن والهزال فكان المسلم فيه مجهولا فلا يصح السلم إلا أنه جعل مثلا فى ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت فيه شرعا تحقيقاً لمعنى الزجر من وجه لان ذلك لا يحصل بالقيمة لان للناس رغائب فى الاعيان ما ليس فى قيمتها ويجوز السلم فى الالية

والشحم

والشحم و زنالانه لاتختلف بالسمن والهزال الا يسيرا بخلاف اللحم فان التفاوت بين غير السمين والسمين والمهز ول وغير المهز ول تفاوت فاحش (وأما) السلم فى السمك فقد اختلفت عبارات الاصل فى ذلك والصحيح أنه يجوز السلم فى الصغار منه كيلا و و زنا مالحاً كان أوطريا بعد أن كان فى حينه لان الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم بخلاف اللحم عند أبى حنيفة وفى الكبار عن أبى حنيفة روايتان فى رواية لا يجوز طريا كان أومالحا كالسلم فى اللحم لاختلافها بالسمن والهزال كاللحم وفى رواية يجوز كيف ما كان و زناً لان التفاوت بين سمينه ومهز وله لا يعد تفاوتاً عادة لقلته وعند أبى حنيفة ومحمد لا يجوز بخلاف اللحم عندهما والفرق لهما ان بيان الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما وذلك لا يتحقق فى السمك فاشبه السلم فى المساليخ والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) السلم فى الخبز عددا فلا يجوز بالاجماع لتفاوت فاحش بين خبز وخبز فى الصغر والكبر (وأما) وز نا فقد ذكر الكرخى أن السلم فى الخبز لا يجوز فى قولهم لتفاوت فاحش بين خبز وخبز فى الخبز والخفة والثقل فتبقى جهالة مفضية الى المنازعة ولان جواز السلم ثبت بخلاف القياس بتعامل الناس ولا تعامل فى الخبز وذكر فى نوادر ابن رستم أنه لا يجوز عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف يجوز (ومنها) أن يكون موجوداً من وقت العقد الى وقت الاجل فان لم يكن موجودا عند العقد أوعند محل الاجل أوكان موجودا فيهما لكنه انقطع من أيدى الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن واشباه ذلك لا يجوز السلم وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله الشرط وجوده عند محل الاجل لا غير (وجه) قوله ان اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة على التسليم فيعتبر وقت وجوب التسليم وذلك عند محل الاجل فاما قبل ذلك فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة ونظير هذا فى العقليات ماقلنا فى استطاعة الفعل أنها مع الفعل لا تتقدمه لان وجودها للفعل فيجب وجودها عند الفعل لا سابقاً عليه كذا هذا (ولنا) ان القدرة على التسليم ثابتة للحال وفى وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك فان بقى حياً الى وقت المحل ثبتت القدرة وان هلك قبل ذلك لا تثبت والقدرة لم تكن ثابتة فوقع الشك فى ثبوتها فلا تثبت مع الشك ولو كان موجوداً عند العقد ودام وجوده الى محل الاجل فحل الاجل ولم يقبضه حتى انقطع عن أيدى الناس لا ينفسخ السلم بل هو على حاله صحيح لان السلم وقع صحيحا لثبوت القدرة على التسليم لكون المسلم فيه موجودا وقت العقد ودام وجوده الى محل الاجل الا أنه عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهراً بالوجود فكان فى بقاء العقد فائدة والعقد اذا انعقد صحيحاً يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء كبيع الآبق اذا أبق قبل القبض فلان يبقى لفائدة عود القدرة فى الثانى ظاهراً أولى لكن يثبت الخيار لرب السلم ان شاء فسخ العقد وان شاء انتظر وجوده لان الانقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقود عليه قبل القبض وأنه يوجب الخيار ولو أسلم فى حنطة حديثة قبل حدوثها لا يصح عندنا لانه أسلم فى المنقطع وعلى هذا يخرج ما اذا أسلم فى حنطة موضع أنه ان كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه جاز السلم فيه كما اذا أسلم فى حنطة خراسان او العراق أو فرغانة لان كل واحد منها اسم لولاية فلا يتوهم انقطاع طعامها وكذا إذا أسلم فى طعام بلدة كبيرة كسمرقند و بخارى أو كاشان جاز لانه لا ينفد طعام هذه البلاد الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم ومن مشايخنا من قال لا يجوز الا فى طعام ولاية لان وهم الانقطاع فيما وراء ذلك ثابت والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكونه بيع المعدوم فتجب صيانته عن غرز الانقطاع ما أمكن والصحيح ان الموضع المضاف اليه الطعام وان كان مما لا ينفد طعامه غالباً يجوز السلم فيه سواء كان ولاية أو بلدة كبيرة لان الغالب فى أحكام الشرع ملحق بالمتيقن وان كان مما لا يحتمل ان ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم كأرض بعينها أو قرية بعينها لانه اذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم لما ذكرنا انه لا قدرة له للحال لانه بيع المفاليس وفى ثبوت القدرة عند محل الاجل شك لاحتمال الانقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك وقد روى ان زيد بن شعبة لما أراد أن يسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أسلم اليك فى تمر نخلة بعينها فقال عليه الصلاة والسلام أما فى تمر نخلة

بعينها فلا وذكر فى الاصل اذا أسلم فى حنطة هراة لا يجوز وأراد قرية من قرى الفرات المسماة بهراة لانه مما يحتمل انقطاع طعامه ثم لو أسلم فى ثوب هراة وذكر شرائط السلم يجوز (ووجه) الفرق بينهما ظاهر لان اضافة الثوب الى هراة ذكر شرط من شرائط السلم لا جواز له بدونه وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل ان المسلم اليه لو أتى بثوب نسج فى غير هراة لكن على صفة ثوب هراة يجبر رب السلم على القبول فاذا ذكر النوع وذكر الشرائط الاخر كان هذا عقداً استجمع شرائطه فيجوز فاما اضافة الطعام الى هراة فليس يفيد شرطا لا جواز للسلم بدونه ألا ترى أنه لو ترك الاضافة أصلا جاز السلم فبقيت الاضافة لتخصيص الطعام بموضع معين يحتمل انقطاع طعامه فلم يجز والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم فيه لان المسلم فيه بيع لما روينا ان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم سمى السلم بيعاً فكان المسلم فيه مبيعاً والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين فى عقود المعاوضات فلم تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها وهل يجوز السلم فى التبر والنقرة والمصوغ فعلى رواية كتاب الصرف لا يجوز لانه جعلها بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لانه جعلها بمنزلة العروض حيث لم يجوز المضاربة بها فتتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم فيها وعلى هذا أيضاً يخرج السلم فى الفلوس عدداً انه جائز عند أبى حنيفة رحمه الله وأبى يوسف لان الفلوس مما تتعين بالتعيين فى الجملة عندهما حتى جوز بيع فلس بفلس باعيانهما وعند محمد لا يجوز السلم فيها كما لا يجوز فى الدراهم والدنانير لانها أثمان عنده ولهذا لم يجز بيع واحد منها باثنين باعيانهما ويجوز السلم فى القماقم والاوانى الصفرية التى تباع عدداً لانها تتعين بالتعيين فكانت مبيعة وان كانت تباع وزناً لا يجوز السلم فيها ما لم يعرف وزنها لانها مجهولة القدر والله عز وجل أعلم (ومنها) أن يكون مؤجلا عندنا حتى لا يجوز السلم فى الحال وعند الشافعى هذا ليس بشرط وسلم الحال جائز (وجه) قوله ان الاجل شرع نظراً للمسلم اليه تمكيناً له من الاكتساب فلا يكون لازما كما فى بيع العين (ولنا) ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم أوجب عليه الصلاة والسلام مراعاة الاجل فى السلم كما أوجب مراعاة القدر فيه فيدل على كونه شرطا فيه كالقدر ولان السلم حالا يفضى الى المنازعة لان السلم بيع المفاليس فالظاهر أن يكون المسلم اليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع الحاجة الى الفسخ وفيه الحاق الضرر برب السلم لانه سلم رأس المال الى المسلم اليه وصرفه فى حاجته فلا يصل الى المسلم فيه ولا الى رأس المال فشرط الاجل حتى لا يملك المطالبة الا بعد حل الاجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهرا فلا يؤدى الى المنازعة المفضية الى الفسخ والاضرار برب السلم ولانه عقد لم يشرع الا رخصة لكونه بيع ما ليس عند الانسان لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم فهذا الحديث يدل على أن بيع ما ليس عند الانسان لم يشرع الا رخصة وان السلم بيع ما ليس عند الانسان أيضا على ما ذكرنا من قبل والرخصة فى عرف الشرع اسم لما يغير عن الامر الأصلى بعارض عذر الى تخفيف ويسر كرخصة تناول الميتة وشرب الخمر بالاكراه والمخمصة ونحو ذلك فالترخص فى السلم هو تغيير الحكم الاصلى وهو حرمة بيع ما ليس عند الانسان الى الحل بعارض عذر العدم ضرورة الافلاس فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الاصلية فكانت حرمة السلم الحال على هذا التقرير مستفادة من النص كان ينبغى أن لا يجوز السلم من القادر على تسليم المسلم فيه للحال الا أنه صار مخصوصا عن النهى العام فألحق بالعاجز عن التسليم للحال على اعتبار الاصل والحاق النادر بالعدم فى أحكام الشرع والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب (ومنها) أن يكون مؤجلا بأجل معلوم فان كان مجهولا فالسلم فاسد سواء كانت الجهالة متفاحشة أو متقاربة لان كل ذلك يفضى الى المنازعة

وانها

وانهامفسدة للعقد لجهالة القدر وغيرها على ماذكرنا (وأما) مقدار الاجل فلم يذكر فى الاصل وذكر الكرخى ان تقدير الاجل الى العاقدين حتى لو قدرا نصف يوم جاز وقال بعض مشايخنا أقله ثلاثة أيام قياسا على خيار الشرط وهذا القياس غير سديد لان أقل مدة الخيار ليس بمقدر والثلاث أكثر المدة على أصل أبى حنيفة فلا يستقيم القياس وروى عن محمد انه قدر بالشهر وهو الصحيح لان الاجل انما شرط فى السلم ترفيها وتيسيرا على المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب فى المدة والشهر مدة معتبرة يمكن فيها من الاكتساب فيتحقق معنى الترفيه فأما مادونه ففى حد القلة فكان له حكم الحلول والله عز وجل أعلم ولو مات المسلم اليه قبل الاجل حل الدين وكذلك كل دين مؤجل سواه اذا مات من عليه الدين والاصل فى هذا ان موت من عليه الدين يبطل الاجل وموت من له الدين لا يبطل لان الاجل حق المديون لا حق صاحب الدين فتعتبر حياته وموته فى الاجل وبطلانه والله عز وجل أعلم (ومنها) بيان مكان ايفائه اذا كان له حمل ومؤنة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد ليس بشرط وعلى هذا الخلاف بيان مكان الاجرة فى الاجارات اذا كان لها حمل ومؤنة وعلى هذا الخلاف اذا جعل المكيل الموصوف أو الموزون الموصوف ثمنا فى بيع العين انه لا بد من بيان مكان التسليم عنده خلافا لهما كذا أطلقه الكرخى ولم يفصل بين ما اذا كان مؤجلا أو غير مؤجل ومن أصحابنا من فرقوا فقالوا اذا كان حالا يتعين مكان العقد للتسليم بالاجماع وحاصل الاختلاف راجع الى مكان العقد هل يتعين للايفاء عنده لا يتعين وعندهما يتعين لانه اذا لم يتعين مكان العقد للايفاء عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان آخر بقى مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيفسد العقد ولما تعين مكان العقد للايفاء عندهما صار مكان الايفاء معلوما فيصح (وجه) قولهما ان سبب وجوب الايفاء هو العقد والعقد وجد فى هذا المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه كما فى بيع العين اذا كان المسلم فيه شيأ له حمل ومؤنة فانه يتعين مكان العقد لوجوب الايفاء فيه لما قلنا كذا هذا (ولابى حنيفة رحمه الله) أن العقد وجد مطلقا عن تعيين مكان فلا يتعين مكان العقد للايفاء والدليل على اطلاق العقد عن تعيين مكان الحقيقة والحكم (أما) الحقيقة فلأنه لم يوجد ذكر المكان فى العقد نصا فالقول بتعيين مكان العقد شرعا من غير تعيين العاقدين تقييد المطلق فلا يجوز الا بدليل (وأما) الحكم فان العاقدين لو عينا مكانا آخر جاز ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا لكان تعيين مكان آخر تغيير المقتضى العقد وانه يعتبر فيه حكم الشرع فينبغى أن لا يجوز واذا لم يتعين مكان العقد للايفاء بقى مكان الايفاء مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لان فى الاشياء التى لها حمل ومؤنة تختلف باختلاف الامكنة لما يلزم فى حملها من مكان الى مكان آخر من المؤنة فيتنازعان (وأما) قولهما سبب وجوب التسليم هو العقد فى هذا المكان قلنا ليس كذلك فان العقد قائم بالعاقدين لا بالمكان فلم يوجد العقد فى هذا المكان وانما هذا مكان المتعاقدين على أن العقد ليس بسبب لوجوب التسليم للحال وانما يصير سببا عند حل الاجل مقصورا عليه وعند ذلك مكان العاقدين ليس بمتحد بل مختلف فيتنازعان (وأما) المسلم فيه اذا لم يكن له حمل ومؤنة فعن أبى حنيفة فيه روايتان فى راية لا يتعين مكان العقد هناك أيضا وهو رواية كتاب الاجارات ويوفيه فى أى مكان شاء وهذا لا يوجب الفساد لان الفساد ههنا لمكان الجهالة المفضية الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف الامكنة ومالا حمل له ولا مؤنة لا تختلف قيمته باختلاف الاماكن فلم تكن جهالة مكان الايفاء مفضية الى المنازعة وفى رواية يتعين مكان العقد للايفاء وهو قول أبى يوسف ومحمد وهو رواية الجامع الصغير ورواية البيوع من الاصل ومن مشايخنا من أول هذه الرواية وقال هى معنى قوله يوفيه فى المكان الذى أسلم فيه اذا لم يتنازعا فاذا تنازعا يأخذه بالتسليم حيث ما لقيه ولو شرط رب السلم التسليم فى بلد أو قرية فحيث سلم اليه فى ذلك الموضع فهو جائز وليس لرب السلم ان يتخير مكانا لان المشروط هو التسليم فى مكان منه مطلقا وقد وجد وان سلم فى غير المكان المشروط فلرب السلم ان يأبى لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم فان أعطاه على ذلك أجرا لم يجز له أخذ الاجر عليه لانه لما قبض المسلم فيه فقد تعين ملكه فى المقبوض فتبين انه أخذ الاجر على

نقل ملك نفسه فلم يجز فيرد الاجر وله أن يرد المسلم فيه حتى يسلم فى المكان المشروط لان حقه فى التسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه الا بعوض ولم يسلم له فبقى حقه فى التسليم فى المكان المشروط وهذا بخلاف ما اذا صالح الشفيع من الشفعة التى وجبت له على مال انه لا يصح الصلح و يسقط حقه فى الشفعة وعليه رد بدل الصلح واذا رده لا يعود حقه فى الشفعة لانه ليس للشفيع حق ثابت فى المحل قبل التمليك بالشفعة وانما له حق أن يتملك وهذا ليس بحق ثابت فى المحل فلا يحتمل الاعتياض و بطل حقه من الشفعة باعراضه عن الطلب باسقاطه صريحا ولرب السلم حق ثابت فى التسليم فى المكان المشروط فاذا لم يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم و بقى الحق على ما كان والذى يدل على التفرقة بينهما انه لو قال أسقطت حقى فى الشفعة يسقط ولو قال أسقطت حقى فى التسليم فى ذلك المكان لا يسقط والله عز وجل أعلم

﴿فصل﴾ وأما الذى يرجع الى البدلين جميعا فهو أن لا يجمعهما أحد وصفى علة ربا الفضل وذلك اما الكيل واما الوزن واما الجنس لان احد وصفى علة ربا الفضل هو علة ربا النساء فاذا اجتمع أحد هذين الوصفين فى البدلين يتحقق ربا النساء والعقد الذى فيه ربا فاسد وعلى هذا يخرج اسلام المكيل فى المكيل أو الموزون فى الموزون والمكيل فى الموزون والموزون فى المكيل وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات المتقاربة وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله فيما تقدم فى مسائل ربا النساء والله تعالى الموفق

﴿فصل﴾ وأما بيان ما يجوز من التصرف فى المسلم فيه وما لا يجوز فنقول و بالله التوفيق لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه بان يأخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا أن المسلم فيه وان كان دينا فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض و يجوز الابراء عنه لان قبضه ليس بمستحق على رب السلم فكان هو بالابراء متصرفا فى خالص حقه بالاسقاط فله ذلك بخلاف الابراء عن رأس المال لانه مستحق القبض حقا للشرع فلا يملك اسقاطه بنفسه بالابراء على ما ذكرنا وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه وكذلك الكفالة به لما قلنا الا أن فى الحوالة يبرأ المسلم اليه وفى الكفالة لا يبرأ ورب السلم بالخيار ان شاء طالب المسلم اليه وان شاء طالب الكفيل لان الحوالة مبرئة والكفالة ليست بمبرئة الا اذا كانت بشرط براءة المكفول عنه لانها حوالة معنى على ما ذكرنا ولا يجوز لرب السلم الاستبدال مع الكفيل كما لا يجوز ذلك مع المسلم اليه لانه كفيل بما على المسلم اليه لا بدين آخر اذ الدين واحد وانما تعددت المطالبة بالكفالة وهو الصحيح على ما يجىء فى كتاب الكفالة و يجوز للكفيل أن يستبدل مع المسلم اليه عند الرجوع فيأخذ بدل ما أدى الى رب السلم لان الكفالة اذا كانت بامر المكفول عنه كانت اقراضا واستقراضا كان الكفيل اقرض المسلم اليه واستبدال القرض قبل القبض جائز و يجوز الرهن بالمسلم فيه لانه دين حقيقة والرهن بالدين أى دين كان جائز والاقالة جائزة فى المسلم فيه كما تجوز فى بيع العين لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما أقال الله عثراته يوم القيامة مطلقا من غير فصل ولان الاقالة فى بيع العين انما شرعت نظرا للعاقدين دفعا لحاجة الندم واعتراض الندم فى السلم ههنا أكثر لانه بيع باوكس الاثمان فكان أدعى الى شرع الاقالة فيه ثم جملة الكلام فى الاقالة فى السلم انه لا يخلو اما ان تقايلا السلم فى كل المسلم فيه واما ان تقايلا فى بعض دون بعض فان تقايلا فى كل المسلم فيه جازت الاقالة لما قلنا سواء كانت الاقالة بعد حل الاجل أو قبله لان نص الاقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال وكذا جواز اعتراض الندم قائم فى الحالين وسواء كان رأس المال قائما فى يد المسلم اليه أو هالكا أما اذا كان قائما فلا شك فيه وكذا اذا كان هالكا لان رأس مال السلم ثمن والمبيع هو المسلم فيه وقيام الثمن ليس بشرط لصحة الاقالة انما الشرط قيام المبيع وقد وجد ثم اذا جازت الاقالة فان كان رأس المال مما يتعين بالتعيين وهو قائم فعلى المسلم اليه رد عينه الى رب السلم لقوله عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به وان كان هالكا فان كان مما له مثل فعليه رد مثله وان كان مما لا مثل له فعليه رد قيمته وان كان رأس المال مما لا يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكا

كان أو قائماً لانه قبضه عن عقد صحيح وكذلك اذا قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلا والمقبوض قائم فى يده جازت الاقالة وعلى رب السلم رد عين ما قبض لان المقبوض فى يده بعد السلم كأنه عين ما ورد عليه عقد السلم ألا ترى انه يجوز لرب السلم أن يبيع المقبوض مرابحة على رأس المال وان تقايلا السلم فى بعض المسلم فيه فان كان بعد حل الاجل جازت الاقالة فيه بقدره اذا كان الباقى جزأ معلوما من النصف والثلث ونحو ذلك من الاجزاء المعلومة لما ذكرنا أن الاقالة شرعت نظراً وفى اقالة البعض دون البعض ههنا نظر من الجانبين لان السلم بيع بأبخس الأثمان لهذا سماه ابن عباس رضى الله عنهما حسنا جميلا فقال رضى الله عنه ذلك المعروف الحسن الجميل والسلم فى الباقى الى أجله عند عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى ينفسخ العقد فى الكل والصحيح قول العامة لان الاقالة وجدت فى البعض لا فى الكل فلا توجب انفساخ العقد فى الكل لان الحكم يثبت بقدر العلة هذا هو الاصل وان كان قبل حل الاجل ينظر ان لم يشترط فى الاقالة تعجيل الباقى من المسلم جازت الاقالة أيضا والسلم فى الباقى الى أجله وان اشترط فيها تعجيل الباقى لم يصح الشرط والاقالة صحيحة (أما) فساد الشرط فلأنه اعتياض عن الاجل وانه لا يجوز لان الاجل ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه (وأما) صحة الاقالة فلأن الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فيطل الشرط وصحت الاقالة وهذا على قياس قول أبى حنيفة ومحمد لان الاقالة عندهما فسخ (وأما) على قياس قول أبى يوسف فتبطل الاقالة والسلم على حاله الى أجله لان الاقالة عنده بيع جديد والبيع تبطله الشروط الفاسدة والله عز وجل أعلم (ومنها) قبض البدلين فى بيع الدين بالدين وهو عقد الصرف والكلام فى الصرف فى الاصل فى موضعين أحدهما فى تفسير الصرف فى عرف الشرع والثانى فى بيان شرائطه (أما) الاول فالصرف فى متعارف الشرع اسم لبيع الأثمان المطلقة بعضها ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة واحد الجنسين بالآخر فاحتمل تسمية هذا النوع من البيع صرفا لمعنى الرد والنقل يقال صرفته عن كذا الى كذا سمى صرفا لاختصاصه برد البدل ونقله من يد الى يد ويحتمل أن تكون التسمية لمعنى الفضل اذ الصرف يذكر بمعنى الفضل كما روى فى الحديث من فعل كذا لم يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالصرف الفضل وهو النافلة والعدل الفرض سمى هذا العقد صرفا لطلب التاجر الفضل منه عادة لما يرغب فى عين الذهب والفضة

فصل وأما الشرائط (فمنها) قبض البدلين قبل الافتراق لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المشهور والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولا تبيعوا منها شيأ غائبا بناجز وروى عن عبد الله بن سيدنا عمر عن أبيه رضى الله عنهما أنه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الذهب بالورق أحدهما غائب والآخر ناجز وان استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره انى أخاف عليكم الرماء أى الربا فدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين قبل الافتراق وتفسير الافتراق هو أن يفترق العاقدان بابدانهما عن مجلسهما فيأخذ هذا فى جهة وهذا فى جهة أو يذهب أحدهما ويبقى الآخر حتى لو كانا فى مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا مفترقين وان طال مجلسهما لانعدام الافتراق بابدانهما وكذا اذا ناما فى المجلس أو أغمى عليهما لما قلنا وكذا اذا قاما عن مجلسهما فذهبا معا فى جهة واحدة وطريق واحدة ومشيا ميلا أو أكثر ولم يفارق أحدهما صاحبه فليسا بمفترقين لان العبرة لتفرق الابدان ولم يوجد فرق بين هذا وبين خيار المخيرة اذا قامت عن مجلسها أو اشتغلت بعمل آخر يخرج الامر من يدها لان خيار المخيرة يبطل بالاعراض عما فوض اليها والقيام عن المجلس أو الاشتغال بعمل آخر دليل الاعراض وههنا لا عبرة بالاعراض انما العبرة للافتراق بالابدان ولم يوجد وروى عن محمد أنه ألحق هذا بخيار المخيرة حتى لو نام طويلا أو وجد ما يدل على الاعراض يبطل الصرف كالخيار وروى عن محمد فى رجل له على انسان ألف درهم وكذلك الرجل عليه خمسون دينارا فأرسل اليه رسولا فقال

بعتك الدنانير التى لى عليك بالدراهم التى لك على وقال قبلت فهو باطل لان حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بابدانهما وكذلك لونادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أوناداه من بعيد لم يجز لانهما مفترقان بابدانهما عند العقد بخلاف البيع المطلق اذا أرسل رسولا الى انسان فقال بعت عبدى الذى فى مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك الرجل فالبيع جائز لان التقابض فى البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد ولا يكون الافتراق مفسدا له ثم المعتبر افتراق المتعاقدين سواء كانا مالكين أونائبين عنهما كالاب والوصى والوكيل لان القبض من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما ثم انما يعتبر التفرق بالابدان فى موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس دون التفرق بالابدان بان قال الاب اشهدوا انى اشتريت هذا الدينار من ابنى الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل أن يزن العشرة فهو باطل كذا روى عن محمد لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان فيعتبر المجلس والله سبحانه وتعالى أعلم ثم بيع الجنس بالجنس وبخلاف الجنس كالذهب بالفضة سواء لا يختلفان فى حكم القبض لان كل ذلك صرف فيشترط فيه التقابض وانما يختلفان فى جوز التفاضل وعدمه فلا يجوز التفاضل عند اتحاد الجنس ويجوز عند الاختلاف ولكن يجب التقابض اتحد الجنس اواختلف لما ذكرنا من الدلائل ولو تصارفا ذهبا بذهب أوفضة بفضة مثلا بمثل وتقابضا وتفرقا ثم زاد أحدهما صاحبه شيأ أوحط عنه شيأ وقبل الآخر فسد البيع عند أبى حنيفة وأبى يوسف الزيادة والحط باطلان والعقد الاول صحيح وعند محمد الزيادة باطلة والحط جائز بمنزلة الهبة المستقبلة واختلافهم فى هذه المسئلة فرع اختلافهم فى أصل ذكرناه فيما تقدم وهو أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد فى الذكر اذا الحق به هل يلتحق به أم لا فمن أصل أبى حنيفة فيه أنه يلتحق باصل العقد ويفسد العقد والزيادة والحط يلتحقان باصل العقد على أصل أصحابنا كان العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعا فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق الربا فكانت الزيادة والحط بمنزلة شرط فاسد ملتحق بالعقد فيتأخر عنه فيلتحق به ويوجب فساده ومن أصل أبى يوسف ومحمد أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد لا يلتحق بالعقد فطرد أبو يوسف هذا الاصل وقال تبطل الزيادة والحط جميعا ويبقى البيع الاول صحيحا ومحمد فرق بين الزيادة والحط وقال الزيادة باطلة والحط جائز لان الزيادة لو صحت لالتحقت باصل العقد فيوجب فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الحط أن يلتحق بالعقد الا ترى أنه لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق اذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن فيجعل حطا للحال بمنزلة هبة مستأنفة ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس بان تصارفا دينارا بعشرة دراهم ثم زاد أحدهما صاحبه درهما وقبل الآخر أوحط عنه درهما من الدينار جازت الزيادة والحط بالاجماع لان المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربا واختلاف الجنس يمنع تحقق الربا الا أن فى الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق حتى لو افترقا قبل القبض بطل البيع فى حصة الزيادة لان الزيادة لما التحقت باصل العقد صار كان العقد ورد على الزيادة والاصل جميعا الا أنه جاز التفاضل لاختلاف الجنس فاذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق بطل العقد بقدرها (وأما) الحط فجائز سواء كان قبل التفرق أو بعده لان الحط وان كان يلتحق باصل العقد فيؤدى الى التفاضل لكن التفاضل عند اختلاف الجنس جائز ولا زيادة ههنا حتى يشترط قبضها فصح الحط ووجب عليه رد المحطوط لان الحط لما التحق باصل العقد تبين أن العقد لم يقع على قدر المحطوط من الابتداء فيجب رده ولو حط مشترى الدينار قيراطا منه فبائع الدينار يكون شريكا له فى الدينار لانه تبين أن العقد وقع على ماسوى القيراط ولو اشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون درهما بمائة درهم وتقابضا ثم زاده دينارا فى الثمن دفعه اليه قبل أن يفارقه أو بعد ما فارقه يجوز كذروى عن محمد وتصرف الزيادة الى النصل والجفن والحمائل لانها تلتحق باصل العقد فصار كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا ولو كان كذلك لكان الامر على ما وصفنا كذا هذا بخلاف بيع المرابحة فانه يقسم على جميع الثمن لما نذكر فى مسائل المرابحة وسواء كان دينا بدين وهو الدراهم والدنانير أوعينا بعين وهو التبر والمصوغ أودينا بعين وهو الدرهم والدنانير بالتبر والمصوغ لان ما ذكرنا من الدلائل لا يوجب الفصل بين الدين والعين

وسواء

وسواء كان مفردا أو مجموعا مع غيره كما اذا باع ذهبا وثوبا بفضة مفردة لان الفضة تنقسم على الذهب والثوب فما قابل الذهب يكون صرفا فيشترط فيهما القبض وما قابل الثوب يكون بيعا مطلقا فلا يشترط فيه القبض وكذا اذا باع ذهبا وثوبا بذهب والذهب أكثر حتى جاز البيع أنه في حصة الذهب يكون صرفا وفي حصة الثوب يكون بيعا مطلقا وكذا اذا باع سيفا محلى بالفضة مفردة أو منطقة مفضضة أو لجاما أو سرجا أو سكينا مفضضة أو جارية على عنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة أكثر حتى جاز البيع كان بحصة الفضة صرفا ويراعى فيه شرائط الصرف وبحصة الزيادة التي هي من خلاف جنسها بيعا مطلقا فلا يشترط له ما يشترط للصرف فان وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالابدان تم الصرف والبيع جميعا وان لم يوجد أو وجد القبض من أحد الجانبين دون الآخر بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض وهل يبطل البيع المطلق ينظر ان كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية مع الطوق وغير ذلك فالبيع جائز وفساد الصرف لا يتعدى الى البيع لانه اذا امكن تخليصها من غير ضرر جاز لانهما شيآن منفصلان ولهذا اجاز بيع أحدهما دون الآخر ابتداء فلان يبقى جائزا انتهاء أولى لان البقاء أسهل من الابتداء وان كان لا يمكن فصلها وتخليصها الا بضرر بطل البيع أيضا لانه بيع مالا يمكن تسليمه الا بضرر وانه لا يجوز ابتداء كبيع الجذع في السقف ونحو ذلك فكذا في حالة البقاء فاذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع أيضا والله عز وجل أعلم هذا اذا انعقد العقد على الصحة ثم فسد في قدر الصرف بطريان المفسد عليه وهو الافتراق من غير تقابض فأما اذا انعقد على الفساد من الابتداء بان شرطا الخيار أو أدخلا الاجل فيه لم يصح الصرف بالاجماع وهل يصح البيع المطلق اختلف فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يصح سواء كان يتخلص من غير ضرر أو لا يتخلص الا بضرر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا والاول سواء ان كان يتخلص من غير ضرر يصح وان كان لا يتخلص الا بضرر لا يصح وكذا اذا اشترى دينارا بعشرة دراهم نسيئة ثم نقد بعض العشرة دون البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده وعندهما يصح بقدر ما قبض وهذا بناء على أصل مختلف بينهم وهو ان الصفقة اذا اشتملت على الصحيح والفاسد يتعدى الفساد الى الكل عنده وعندهما لا يتعدى فهما سويا بين الفساد الطارئ والمقارن وأبو حنيفة فرق بينهما (ووجه) الفرق ما ذكرنا من قبل ان الفساد اذا كان مقارنا يصير قبول العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الآخر وهذا شرط فاسد فيؤثر في الكل ولم يوجد هذا المعنى في الطارئ فاقتصر الفساد فيه على قدر المفسد ثم اذا كانت الفضة المفردة فيه أكثر ولم يوجد فيه شرط الخيار ولا الاجل حتى جاز العقد ثم نقد قدر الفضة المجموعة من المفردة دون غيرها وتفرقا عن قبض من الجانبين بان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون فنقده المشتري خمسين فالقدر المنقود من الفضة المفردة يقع عن الصرف حتى لا يبطل بالافتراق أو عن البيع حتى يبطل الصرف بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلو من خمسة أوجه إما ان ذكر أن المنقود من ثمن الحلية وإما ان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل وإما ان ذكر أنه من ثمنهما جميعا وإما ان ذكر انه من ثمن السيف وإما ان سكت ولم يذكر شيأ فان ذكر أنه من ثمن الحلية يقع عنها ويجوز الصرف والبيع جميعا وهذا ظاهر وكذا اذا ذكر انه من ثمنهما فانه يقع عن الحلية أيضا وجاز البيع والصرف لان قبض التصرف مستحق حقا للشرع وقبض البيع ليس بمستحق فيصرف الى جهة الاستحقاق ويمكن ايقاع المنقود كله عن هذه الجهة وان أضافه اليهما لان ذكر شيئين على ارادة أحدهما جائز في اللغة قال الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان وانما يخرج من أحدهما وهو المالح وكذا اذا لم يذكر شيأ يقع عن الصرف لان أمور المسلمين محمولة على الصحة والسداد ما أمكن وذلك فيما قلنا لان قبض حصة الحلية مستحق فعند الاطلاق يصرف الى جهة الاستحقاق وكذا اذا ذكر أنه من ثمن السيف يقع عن الحلية لان الحلية تدخل في اسم السيف وان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل ينظر ان أمكن تخليص الفضة من غيرها من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق قبل القبض لانه قصد جواز البيع وصرف بفساد الصرف واذا أمكن

تخليصها من غير ضرر أمكن القول بجواز البيع مع فساد الصرف ألا ترى انه يجوز بيع السيف بانفراده فيجوز البيع
ويبطل الصرف وان لم يمكن تخليصها الا بضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف ويجوز البيع والصرف جميعا لانه قصد
جواز البيع ولا يجوز الا بجواز الصرف لان بيع السيف بدون الحلية لا يجوز اذا لم يمكن تخليصها من غير ضرر فان أمكن
تخليصها من غير ضرر فيجوزان جميعا والله عز وجل أعلم وكذلك في السيف المحلى اذا لم يكن من جنس الحلية فان
كانت حلية السيف ذهبا اشتراه مع حليته بفضة مفردة فحكمه وحكم الجنس سواء في جميع ما وصفنا لانهما في حكم
القبض وما يتعلق به لا يختلفان وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله على الاتفاق والاختلاف وعلى هذا يخرج الابراء عن
بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق به عليه انه لا يصح بدون قبوله وان قبل انتقض الصرف وان لم يقبل لم يصح
ويبقى الصرف على حاله لان قبض البدل مستحق والابراء عن الدين اسقاطه والدين بعد ما سقط لا يتصور قبضه
فكان الابراء عن البدل جعل البدل بحال لا يتصور قبضه فكان في معنى الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما كصريح
الفسخ واذا لم يصح بقي عقد الصرف على حاله فيتم بالتقابض قبل الافتراق بابدانهما ولو أبى المبرئ أو الواهب أو
المتصدق أن يأخذ ما أبرأ أو وهبه أو تصدق يجبر على القبض لانه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد وأحد العاقدين
لا ينفرد بالفسخ وعلى هذا يخرج الاستبدال ببدل الصرف انه لا يجوز والصرف على حاله يقبض البدل قبل الافتراق
ويتم العقد لان قبض البدل شرط بقاء العقد على الصحة وبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة لانه يقبض بدله وبدله
غيره وقال زفر ان الاستبدال جائز لان الشراء لا يقع بعين ما في الذمة لان ما في الذمة من الدراهم لا يحتمل التعيين
بلا خلاف فكان مشتريا بمثل ما في الذمة فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة
فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال بل يصير قابضا بطريق المعاوضة فيصح الاستبدال (والجواب) عنه ان الدراهم
والدنانير وان كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض وقبضها واجب وبالمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم تصح
المقاصة فبقي الشراء بها اسقاطا للقبض المستحق حقا للشرع فلا يصح الشراء وبقي الصرف صحيحا موقوفا بقاؤه على
الصحة على القبض قبل الافتراق وان أعطاه صاحبه دراهم أجود أو أردأ من حقه فرضي به والمقبوض مما يجري مجرى
الدراهم الواجبة بالعقد في المعاوضات بين الناس جاز لان المقبوض من جنسه أصلا وانما يخالفه في الوصف فاذا رضي
به فقد أسقط حقه فكان استيفاء لا استبدالا وتجوز الحوالة ببدل الصرف اذا كان المحتال عليه حاضرا وكذلك
الكفالة وكذلك الرهن به والصرف على حاله فان قبض من المحتال عليه أو من الكفيل أو هلك الرهن في يد المرتهن
في المجلس فالصرف ماض على الصحة وان افترق المتصارفان قبل القبض وهلك الرهن بطل الصرف وعند زفر
لا تجوز الحوالة والكفالة ببدل الصرف وقد مرت المسئلة في السلم والعبرة لبقاء العاقدين في المجلس وافتراقهما عنه
لا لبقاء المحال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا أن القبض من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما وكذلك
لو وكل كل واحد من العاقدين رجلا أن ينقد عنه يعتبر مجلس الموكلين بقاء وافتراقا لا مجلس الوكيل لما قلنا والله سبحانه
وتعالى أعلم وعلى هذا تخرج المقاصة في ثمن الصرف اذا وجب الدين بعقد متأخر عن عقد الصرف انه لا يصير قصاصا
ببدل الصرف وان تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله في السلم وعلى هذا تخرج ما اذا قبض بدل
الصرف ثم انتقض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه بمعنى أوجب انتقاضه انه يبطل الصرف وقد مر الكلام فيه جملة
وتفصيلا في السلم ثم قبض الصرف في المجلس كما هو شرط بقاء العقد على الصحة فقبضهما في مجلس الاقالة شرط بقاء
الاقالة على الصحة أيضا حتى لو تقايلا الصرف وتقابضا قبل الافتراق مضت الاقالة على الصحة وان افترقا قبل
التقابض بطلت الاقالة أما على أصل أبي يوسف فظاهر لان الاقالة على أصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتدأة
فلا بد من التقابض في المجلس وعلى أصلهما ان كانت فسخا في حق المتعاقدين فهي بيع جديد في حق ثالث
واستحقاق القبض حق للشرع ههنا ثالث فيعتبر بيعا جديدا في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض بخلاف السلم

فان قبض رأس مال السلم فى مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وقد ذكرنا وجه الفرق بينهما فيما تقدم ولو وجد
ببدل الصرف عيبا وهو عين كما اذا اشترى قلب فضة بذهب فرده ثم افترقا قبل قبض الثمن ان رده عليه بقضاء القاضى
فالرد صحيح على حاله وان كان بغير قضاء القاضى فلا ينبغى أن يفارقه حتى يقبض الثمن لان القبض بغير قضاء يكون
فسخا فى حق الكل ورفعا للعقد عن الاصل كانه لم يكن واعادة المالك الى قديم ملكه كانه لم يزل عن ملكه فلا حاجة
الى القبض والرد بغير قضاء يكون فسخا فى حق المتعاقدين بيعا جديدا فى حق ثالث وحق الشرع وهو القبض يعتبر ثالثا
فيجعل بيعا جديدا فى حق هذا الحكم وأما التقابض فى بيع المطعوم بالمطعوم بجنسه أو بغير جنسه بان باع قفيز حنطة
بقفيز حنطة أو بقفيزى شعير وعينا البدلين بالاشارة اليهما فهل هو شرط اختلف فيه قال أصحابنا ليس بشرط وقال
الشافعى رحمه الله شرط حتى لو افترقا من غير قبض عندنا يثبت الملك وعنده لا يثبت ما لم يتقابضا فى المجلس احتج
بقوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث المشهور الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد وبقوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا
الطعام بالطعام الا سواء بسواء يدا بيد ولان الافتراق من غير تقابض فى بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عن الربا لجواز أن
يقبض أحد المتعاقدين دون الآخر فيتحقق الربا لان للمقبوض فضلا على غير المقبوض فأشبه فضل الحلول
على الاجل وانما يقع التحرز عنه بوجوب التقابض ولهذا صار شرطا فى الصرف كذا هذا (ولنا) عمومات البيع من
نحو قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وقوله عز
شأنه وأحل الله البيع وحرم الربا وغير ذلك نهى عن الاكل بدون التجارة عن تراض واستثنى التجارة عن تراض
فيدل على اباحة الاكل فى التجارة عن تراض من غير شرط القبض وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض لان أكل
مال الغير ليس بمباح وأما الحديث فظاهر قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد غير معمول به لان اليد بمعنى الجارحة ليس
بمراد بالاجماع فلان حملها على القبض لانها آلة القبض فنحن نحملها على التعيين لانها آلة التعيين لان الاشارة باليد
سبب التعيين وعندنا التعيين شرط فسقط احتجاجه بالحديث بحمد الله تعالى على ان الحمل على ما قلنا أولى لان فيه
توفيقا بين الكتاب والسنة وهكذا نقول فى الصرف ان الشرط هناك هو التعيين لا نفس القبض الا أنه قام الدليل
عندنا ان الدراهم والدنانير لا تتعين بالتعيين وانما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض وههنا التعيين حاصل
من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله عز وجل أعلم وقوله المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربا قلنا
هذا انما يستقيم ان لو قلنا بوجوب تسليم أحدهما دون الآخر وليس كذلك (ومنها) أن يكون خاليا عن شرط
الخيار فان شرط الخيار فيه لهما أو لاحدهما فسد الصرف لان القبض فى هذا العقد شرط بقائه على الصحة وخيار
العقد يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع صحة القبض ولو أبطل صاحب الخيار خياره قبل الافتراق ثم افترقا عن
تقابض ينقلب الى الجواز عندنا خلافا لزفر ولو لم يبطل حتى افترقا تقرر الفساد وقد ذكرنا جنس هذه المسائل بدلائلها
فيما تقدم (ومنها) أن يكون خاليا عن الاجل لهما أو لاحدهما فان شرطاه لهما أو لاحدهما فسد الصرف لان قبض
البدلين مستحق قبل الافتراق والاجل يعدم القبض فيفسد العقد فان أبطل صاحب الاجل أجله قبل الافتراق
فنقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وهاتان الشريطتان على الحقيقة فريعتان لشريطة
القبض الا أن احداهما تؤثر فى نفس القبض والاخرى فى صحته على ما بينا وأما خيار العيب وخيار الرؤية فيثبتان
فى هذا العقد لانهما لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض لان خيار الرؤية يثبت فى العين وهو التبر والنقرة
والمصوغ ولا يثبت فى الدين وهو الدراهم والدنانير المضروبة لانه لا فائدة فى الرد اذ العقد لا ينفسخ بالرد لانه ما ورد
على عين المردود وقيام العقد يقتضى ولاية المطالبة بمثله فاذا قبض يرده فيطالبه بآخر هكذا الى ما لا يتناهى وكذا خيار
الرؤية لانه لا يثبت فى سائر الديون فى سائر العقود لما قلنا بخلاف ما اذا كان ثمن الصرف عينا لان هناك ينفسخ العقد
بالرد فلا يملك المطالبة بعين أخرى فكان الرد مفيدا والله سبحانه وتعالى أعلم وأما خيار العيب فيثبت فى الوجهين جميعا

لان السلامة عن العيب مطلوبة عادة ففواتها يوجب الخيار كما فى سائر البياعات الا أن بدل الصرف اذا كان عينا فرده بالعيب يفسخ العقد سواء رده فى المجلس أو بعد الافتراق و يرجع على البائع بما نقد وان كان دينا بان وجد الدراهم المقبوضة زيوفا أو كاسدة أو وجدها رائجة فى بعض التجارات دون البعض وذلك عيب عند التجار فردها فى المجلس ينفسخ العقد بالرد حتى لو استبدل مكانه مضى الصرف وان ردها بعد الافتراق بطل الصرف عند أبى حنيفة و زفر لحصول الافتراق لا عن قبض وعند أبى يوسف ومحمد لا يبطل اذا استبدل فى مجلس الرد على ما ذكرنا فى السلم وخيار المستحق لا يبطل الصرف أيضا ولانه لا يمنع صحة القبض على تقدير الاجازة واحتمال الاجازة قائم فلا يبطل العقد المنعقد ظاهرا بالشك ثم اذا استحق أحد بدلى الصرف بعد الافتراق فان كان أجاز المستحق والبدل قائم أو ضمن الناقد وهو هالك جاز الصرف لانه اذا كان قائما كان محل الاجازة والاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة واذا كان هالكا ضمن الناقد المضمون بالضمان فتبين انه سلم ملك نفسه وان استرده وهو قائم أو ضمن القابض قيمته وهو هالك بطل الصرف لانه نقض قبضه أو تبين انه لم يصح بخلاف الاول لانه سلم له القبض فجاز الصرف والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون الثمن الاول معلوما فى بيع المرابحة والتولية والاشراك والوضيعة والاصل فى هذه العقود عمومات البيع من غير فصل بين بيع و بيع وقال الله عز شأنه وابتغوا من فضل الله وقال عز وجل ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم والمرابحة ابتغاء للفضل من البيع نصا و روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد الهجرة اشترى سيدنا أبو بكر رضى الله عنه بعيرين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنى أحدهما فقال سيدنا أبو بكر رضى الله عنه هو لك بغير شئ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما بغير ثمن فلا فدل طلب التولية على جوازها وروى ان سيدنا أبا بكر رضى الله عنه اشترى بلالا فاعتقه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الشركة يا أبا بكر فقال يا رسول الله قد أعتقته ولو لم تكن الشركة مشروعة لم يكن ليطلبها رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا الناس توارثوا هذه البياعات فى سائر الاعصار من غير نكير وذلك اجماع على جوازها * ثم الكلام فى المرابحة فى مواضع فى تفسير بيع المرابحة وفى بيان شرائطه وفى بيان رأس المال انه ما هو وفى بيان ما يلحق برأس المال وما لا يلحق به وفى بيان ما يجب بيانه عند المرابحة مما ترك بيانه يكون خيانة وما لا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون خيانة وفى بيان حكم الخيانة اذا ظهرت أما تفسيره فقد ذكرناه فى أول الكتاب وهو أنه بيع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح وأما شرائطه (فمنها) ما ذكرنا وهو أن يكون الثمن الاول معلوما للمشترى الثانى لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الاول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم فان لم يكن معلوما له فالبيع فاسد الى أن يعلم فى المجلس فيختار ان شاء فيجوز أو يترك فيبطل أما الفساد للحال فلجهالة الثمن لان الثمن للحال مجهول وأما الخيار فللخلل فى الرضا لان الانسان قد يرضى بشراء شئ بثمن يسير ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد معرفة مقدار الثمن فاذا لم يعرف اختل رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتى افترقا عن المجلس بطل العقد لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن أصحابنا عن هذا النوع من البيع كبيع الشئ برقمه ونحو ذلك فى بعضها انه فاسد وفى بعضها انه موقوف على الاجازة والاختيار اذا علم وكذلك التولية والاشراك والوضيعة فى اعتبار هذا الشرط والمرابحة سواء لان التولية بيع بمثل الثمن الاول فلا بد أن يكون الثمن الاول معلوما والاشراك تولية لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن والعلم بالثمن كله شرط صحة البيع والوضيعة بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شئ معلوم منه فلا بد وأن يكون الثمن الاول معلوما ليعلم قدر النقصان منه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى رجلان جملة مماله مثل فاقتسماها ثم أراد كل واحد منهما أن يبيع حصته مرابحة انه يجوز لان القسمة وان كانت لا تخلو عن معنى المبادلة حقيقة لكن معنى المبادلة فى قسمة المتماثلات ساقط شرعا بل يعد القسمة فيها تمييزا للنصيب وافرازا محضا واذا كان كذلك فما يصل الى كل واحد منهما كانه عين ما كان له قبل القسمة فكان يجوز له أن يبيع له نصيبه مرابحة قبل القسمة كذا بعدها وان اشتريا

جملة مما لا مثل له فاقتسماه لا يجوز لاحدهما أن يبيع حصته مرابحة لان معنى المبادلة فى قسمة هذا النوع معتبرة اذ الاصل اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد منهما بالقسمة نصفه ملكه ونصفه بدل ملكه كانه اشتراه به فلا يجوز بيعه مرابحة كما اذا اشترى عرضا بعرض ثم أراد أن يبيعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو أسلم عشرة دراهم فى ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد حتى جاز السلم بالاجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من رأس المال فحل الاجل له أن يبيعهما جميعا مرابحة على العشرة بلا خلاف فان باع أحدهما مرابحة على خمسة لم يجز عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يجوز ولو كان بين حصة كل واحد من الثوبين من رأس المال جاز أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة بالاجماع لهما ان المقبوض هو المسلم فيه والملك فى المسلم فيه يثبت بعقد السلم وعقد السلم أوجب انقسام الثمن وهو رأس المال على الثوبين المقبوضين على السواء لاتفاقهما فى الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد منهما معلومة فتجوز المرابحة عليهما كما اذا أسلم عشرة دراهم فى كرى حنطة فحل السلم وقبضهما ثم باع أحدهما مرابحة ولابى حنيفة أن المقبوض ليس عين المسلم فيه لان المسلم فيه دين حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكا بعقد السلم بل بالقبض فكان القبض بمنزلة انشاء العقد كانه اشتراهما جميعا ابتداء ولم يبين حصة كل واحد منهما ثم أراد أن يبيع أحدهما مرابحة وذلك لا يجوز فيما لا مثل له ويجوز فيما له مثل على ما ذكرنا كذا هذا (ومنها) أن يكون الربح معلوما لانه بعض الثمن والعلم بالثمن شرط صحة البياعات (ومنها) أن يكون رأس المال من ذوات الامثال وهو شرط جواز المرابحة على الاطلاق وكذلك التولية وبيان ذلك أن رأس المال لا يخلو اما أن يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة واما أن يكون مما لا مثل له من الذرعيات والمعدودات المتفاوتة فان كان مما له مثل يجوز بيعه مرابحة على الثمن الاول وتولية مطلقا سواء باعه من بائعه أو من غيره وسواء جعل الربح من جنس رأس المال فى المرابحة أو من خلاف جنسه بعد ان كان الثمن الاول معلوما والربح معلوما وان كان مما لا مثل له من العروض لا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية ممن ليس ذلك العرض فى ملكه لان المرابحة بيع بمثل الثمن الاول وكذلك التولية فاذا لم يكن الثمن الاول مثل جنسه فاما أن يقع البيع على غير ذلك العرض واما أن يقع على قيمته وعينه ليس فى ملكه وقيمته مجهولة تعرف بالحزر والظن لاختلاف أهل التقويم فيها ويجوز بيعه تولية ممن العرض فى ملكه ويده وأما بيعه مرابحة ممن العرض فى ملكه ويده فينظر ان جعل الربح شيأ مفردا عن رأس المال معلوما كالدراهم وثوب معين ونحو ذلك جاز لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم وان جعل الربح جزأ من رأس المال بأن قال بعتك الثمن الاول بربح ده يازده لا يجوز لانه جعل الربح جزأ من العرض والعرض ليس متماثل الاجزاء وانما يعرف ذلك بالتقوم والقيمة مجهولة لان معرفتها بالحزر والظن وأما بيعه مواضعة ممن العرض فى يده وملكه فالجواب فيها على العكس من المرابحة وهو أنه ان جعل الوضيعة شيأ منفردا عن رأس المال معلوما كالدراهم ونحوه لا يجوز لانه يحتاج الى وضع ذلك القدر عن رأس المال وهو مجهول وان جعلها من جنس رأس المال بان باعه بوضع ده يازده جاز البيع بعشرة أجزاء من أحد عشر جزأ من رأس المال لان الموضوع جزء شائع من رأس مال معلوم (ومنها) أن لا يكون الثمن فى العقد الاول مقابلا بجنسه من أموال الربا فان كان بان اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلا بمثل لم يجز له أن يبيعه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة والزيادة فى أموال الربا تكون ربا لا ربحا وكذا لا يجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله أن يبيعه تولية لان المانع هو تحقق الربا ولم يوجد فى التولية ولانه بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وكذا الاشراك لانه تولية لكن ببعض الثمن والله سبحانه وتعالى أعلم (وأما) عند اختلاف الجنس فلا بأس بالمرابحة حتى لو اشترى دينارا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم أو ثوب بعينه جاز لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ولو باع دينارا باحد عشر درهما أو بعشرة دراهم وثوب كان جائزا كذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب بان قال بعتك هذا الدينار الذى اشتريته بربح قيراطين لم يجز عند أبى يوسف وعند محمد جاز (وجه) قوله ان المرابحة بيع بالثمن

الاول و زيادة كانه باع دينارا بعشرة دراهم وقيراطين وذلك جائز وطريق جوازه أن يكون القيراطان بمثلهما من الدينار والعشرة ببقية الدينار كذا هذا ولابى يوسف ان فى تجويز هذا تغيير المرابحة لان المتصارفين جعلا العشرة رأس المال والدراهم ربحا فلو جوزنا على ماقاله محمد لصار القيراط رأس مال و بعض العشرة ربحا وفيه تغيير المقابلة واخراجها عن كونها مرابحة فلا يصح ولو اشترى سيفا محلى بفضة وحليته خمسون بمائة درهم ثم باعه مرابحة بربح درهم أو بربح دينار أو بربح ثوب بعينه لا يجوز لان المرابحة بيع بالثمن الاول و زيادة ربح والربح ينقسم على كل الثمن لانه جعل ربح كل الثمن فلابد وأن ينقسم على كله ليكون مرابحة على كل الثمن ومتى انقسم على الكل كان للحلية حصة من الربح لامحالة فيتحقق الربا ولا يصح العقد والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يكون العقد الاول صحيحا فان كان فاسدا لم يجز بيع المرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وان كان يفيد الملك فى الجملة لكن بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان رأس المال فرأس المال مالزم المشترى بالعقد لا ما نقده بعد العقد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو ما وجب بالبيع فأما ما نقده بعد البيع فذلك وجب بعقد آخر وهو الاستبدال فيأخذ من المشترى الثانى الواجب بالعقد لا المنقود بعده وكذلك التولية و بيان هذا الاصل اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم و نقد مكانها دينارا أو ثوبا فرأس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان العشرة هى التى وجبت بالعقد وانما الدينار أو الثوب بدل الثمن الواجب وكذلك لو اشترى ثوبا بعشرة دراهم جياد و نقد مكانها الزيوف وتجوز بها البائع الاول فعلى المشترى نقد الجياد لما قلنا ولو اشترى ثوبا بعشرة هى خلاف نقد البلد ثم باعه مرابحة فان ذكر الربح مطلقا بأن قال أبيعك بالثمن الاول و ربح درهم كان على المشترى الثانى عشرة من جنس ما نقد والربح من دراهم نقد البلد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو الواجب بالعقد الاول وهو عشرة وهى خلاف نقد البلد فيجب بالعقد الثانى مثلها والربح من نقد البلد لانه أطلق الربح وما أضافه الى رأس المال والمطلق ينصرف الى المتعارف وهو نقد البلد وان أضاف الربح الى العشرة بأن قال أبيعك بربح العشرة أو بربح ده يازده فالعشرة والربح من جنس الثمن الاول أما اذا قال بربح العشرة فلأنه أضاف الربح الى تلك العشرة اذا كان من جنسها وأما اذا قال بربح ده يازده فلأنه جعل الربح جزأ من العشرة فكان من جنسها ضرورة وعلى هذا يخرج ما اذا زاد المشترى البائع الاول فى الثمن الاول وقبل انه يبيعه مرابحة وتولية على الاصل والزيادة جميعا لان الزيادة تلتحق بأصل العقد فيصير فى التقدير كأن العقد على الاصل والزيادة جميعا فكان الاصل مع الزيادة رأس المال لوجوبهما بالعقد تقديرا فيبيعه مرابحة عليهما وكذا لو حط البائع الاول عن المشترى بعض الثمن فانه يبيعه مرابحة على الثانى بعد الحط لان الحط أيضا يلتحق بأصل العقد فكان الباقى بعد الحط رأس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مرابحة عليه ولو حط البائع الاول عن المشترى بعد ما باعه المشترى حط المشترى الاول ذلك القدر عن المشترى الثانى مع حصته من الربح لما ذكرنا ان الحط يلتحق بأصل العقد فيصير رأس المال وهو الثمن الاول ماوراء قدر المحطوط فيحط المشترى الاول عن المشترى الثانى ذلك القدر و يحط حصته من الربح أيضا لان قدر الربح ينقسم على جميع الثمن فاذا حط شيأ من ذلك الثمن لابد من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشترى الاول شىء من الثمن انه لا يحط ذلك عن المشترى الثانى لان الثمن الاول أصل فى بيع المرابحة ولا عبرة به فى بيع المساومة ألا ترى انه لو اشترى عبدين قيمتهما سواء أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ثم باعهما مساومة انقسم الثمن عليهما على القيمة نصفين ولو باعهما مرابحة أو تولية انقسم الثمن عليهما على قدر الثمن الاول أثلاثا لا على قدر القيمة دل ان الاول أصل فى بيع المرابحة ولا عبرة به فى بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول فى بيع المرابحة يوجب الحط عن الثمن الثانى ولا يوجب فى المساومة وهذا الذى ذكرنا على أصل أصحابنا الثلاثة لان الزيادة على الثمن تلتحق بأصل العقد وكذا الحط عنه و يصير كأن العقد فى الابتداء وقع على هذا القدر

(فاما)

(فأما) على أصل زفر والشافعى فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة فى الثمن وحطا عنه وانما يصح هبة مبتدأة والمسألة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يلحق برأس المال ومالا يلحق به فنقول لا بأس بأن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق الغنم والكراء ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم ومالا بد لهم منه بالمعروف وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف لان العادة فيما بين التجار انهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه وعرف المسلمين وعادتهم حجة مطلقة قال النبى عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن الا أنه لا يقول عند البيع اشتريته بكذا ولكن يقول قام على بكذا لان الاول كذب والثانى صدق وأما أجرة الراعى والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الآبق والفداء عن الجناية وما أنفق على نفسه وعلى الرقيق من تعليم صناعة أو قرآن أو شعر فلا يلحق برأس المال ويباع مرابحة وتولية على الثمن الاول الواجب بالعقد الاول لا غير لان العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المؤن برأس المال وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وكذا المضارب ما أنفق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم ومالا بد لهم منه بالمعروف يلحق برأس المال لجريان العادة بذلك وما أنفق على نفسه فى سفره لا يلحق به لانه لا عادة فيه والتعويل فى هذا الباب على العادة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يجب بيانه فى المرابحة ومالا يجب فالاصل فيه ان بيع المرابحة والتولية بيع أمانة لان المشترى ائتمن البائع فى إخباره عن الثمن الاول من غير بينة ولا استحلاف فتجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة لان التحرز عن ذلك كله واجب ما أمكن قال الله تعالى عز شأنه يا أيها الذين آمنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا أماناتكم وأنتم تعلمون وقال عليه الصلاة والسلام ليس منا من غشنا وقال عليه الصلاة والسلام لوابصة بن معبد رضى الله عنه الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات فدع ما يريبك الى مالا يريبك وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال الا إن لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه وقال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم والاحتراز عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والتهمة انما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان ما يجب بيانه ومالا يجب فنقول وبالله التوفيق اذا حدث بالسلعة عيب فى يد البائع أو فى يد المشترى فأراد أن يبيعها مرابحة ينظر ان حدث بآفة سماوية له أن يبيعها مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يبيعها مرابحة حتى يبين وان حدث بفعله أو بفعل أجنبى لم يبعه مرابحة حتى يبين بالاجماع (وجه) قولهما ان البيع من غير بيان حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة لان المشترى لو علم ان العيب حدث فى يد المشترى لكان لا يربحه فيه ولانه لما باعه بعد حدوث العيب فى يده فقد احتبس عنده جزأ منه فلا يملك بيع الباقى من غير بيان كما لو احتبس بفعله أو بفعل أجنبى (ولنا) أن الفائت جزء لا يقابله ثمن بدليل انه لو فات بعد العقد قبل القبض لا يسقط بحصته شئ من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة واحدة وما يقابله الثمن قائم بالكلية فله أن يبيعه مرابحة من غير بيان لانه يكون بائعا ما بقى بجميع الثمن بخلاف ما اذا فات بفعله أو بفعل أجنبى لان الفائت صار مقصودا بالفعل وصار مقابله الثمن فقد حبس المشترى جزأ يقابله الثمن فلا يملك بيع الباقى مرابحة الا ببيان والله سبحانه وتعالى أعلم ولو حدث من المبيع زيادة كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر لم يبعه مرابحة حتى يبين لان الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى تمنع الرد بالعيب وان لم يكن لها حصة من الثمن للحال فبذا احتبس بعض المبيع وباع الباقى فلا يجوز من غير بيان وكذا لو هلك بفعله أو بفعل أجنبى ووجب الارش لانه صار مبيعا مقصودا يقابله الثمن ثم المبيع بيعا غير مقصود لم يبعه مرابحة من غير بيان فالمبيع مقصودا أولى ولو هلك بآفة سماوية له أن يبيعه مرابحة من غير بيان لانه ان هلك طرف من أطرافه بآفة سماوية باعه مرابحة من غير

بيان على مامر فالولد أولى لانه ملحق بالطرف ولواستغل الولد والارض جازله أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان الزيادة التي ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاجماع ولهذا لا يمنع الرد بالعيب فلم يكن ببيع الدار أو الارض حابساً جزأ من المبيع فكان له أن يبيعه مرابحة من غير بيان وكذلك لو كان المشترى جارية ثيبا فوطئها جازله أن يبيعها مرابحة من غير بيان فان الوطء استيفاء المنفعة حقيقة والمنفعة ليست بجزء لها حقيقة فاستيفاؤها لا يوجب نقصانا فى الذات الا أنه ألحق بالجزء عند عدم الملك اظهار الخطر الابضاع ولا حاجة الى ذلك فى الملك فبقيت مبيعة حقيقة ووطء الثيب انما منع الرد بالعيب عندنا لا لأنه اتلاف جزء من العين بل لمعنى آخر نذكره فى موضعه ولو كانت الجارية بكرا فافتضها المشترى لم يبعها مرابحة حتى يبين لان الافتضاض ازالة العذرة وهى عضو منها فكان اتلافا لجزئها فأشبه اتلاف سائر الاجزاء ولو أتلف منها جزأ آخر لكان لا يبيعها مرابحة حتى يبين كذا هذا ولو اشترى شيأ نسيئة لم يبعه مرابحة حتى يبين لان للاجل شبهة المبيع وان لم يكن مبيعا حقيقة لانه مرغوب فيه ألا ترى ان الثمن قد يزاد لمكان الاجل فكان له شبهة أن يقابله شئ من الثمن فيصير كانه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى هذا الباب فيجب التحرز عنها بالبيان ولو اشترى من انسان شيأ بدين له عليه له أن يبيعه مرابحة من غير بيان ولو أخذ شيأ صلحا من دين له على انسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين (ووجه) الفرق أن مبنى الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق فلابد من البيان ليعلم المشترى أنه سامح أم لا فيقع التحرز عن التهمة ومبنى الشراء على المضايقة والمماكسة فلا حاجة الى البيان وفرق آخر ان فى الشراء لا تتصور الخيانة لان الشراء لا يقع بذلك الدين بعينه بل بمثله وهو أن يجب على المشترى مثل ما فى ذمة المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة والدليل على انه كذلك انه لو اشترى ثم تصادقا على انه لم يكن عليه دين لم يبطل الشراء ولو وقع الشراء بذلك الدين بعينه لبطل الشراء واذا لم يقع الشراء بذلك الدين بعينه لا تتقدر الخيانة كما اذا اشترى منه ثوبا بعشرة دراهم ابتداء بخلاف الصلح فانه يقع بما فى الذمة على البدل المذكور ألا ترى انهما لو تصادقا بعد عقد الصلح على انه لم يكن عليه دين يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك بالبيان ولو اشترى ثوبا بعشرة دراهم ورقمه اثنى عشر فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز اذا كان الرقم معلوما والربح معلوما ولا يكون خيانة لانه صادق لكن لا يقول اشتريته بكذا لانه يكون كاذبا فيه وروى عن أبى يوسف ان المشترى اذا كان لا يعلم عادة التجار وعنده ان الرقم هو الثمن لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان وكذلك لو ورث مالا فرقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا ولو اشترى شيأ ثم باعه بربح ثم اشتراه فأراد أن يبيعه مرابحة فانه يطرح كل ربح كان قبل ذلك فيبيعه مرابحة على ما يبقى من رأس المال بعد الطرح فان لم يبق منه شئ بأن استغرق الربح الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبى حنيفة (وأما) عند أبى يوسف ومحمد يبيعه مرابحة على الثمن الاخير من غير بيان ولا عبرة بالعقود المتقدمة ربح فيها أو خسر وبيان ذلك اذا اشترى ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة على خمسة عنده وعندهما على عشرة ولو باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على عشرة (وجه) قولهما ان العقود المتقدمة لا عبرة بها لانها ذهبت وتلاشت بنفسها وحكمها فأما العقد الاخير فحكمه قائم وهو الملك فكان هذا المعتبر فيبيعه مرابحة على الثمن الاخير ولابى حنيفة عليه الرحمة ان الشراء الاخير كما أوجب ملك الثوب فقد أكد الربح وهو خمسة لانه كان يحتمل البطلان بالرد بالعيب أو بغيره من أسباب الفسخ فاذا اشترى فقد خرج عن احتمال البطلان فتأكد وللتأكد شبهة الاثبات فكان مشتريا للثوب وخمسة الربح بعشرة من وجه فكان فيه شبهة انه اشترى شيئين ثم باع أحدهما مرابحة على ثمن الكل وذا لا يجوز من غير بيان لان الشبهة فى هذا الباب لها حكم الحقيقة ألا ترى انه لو اشترى ثوبا بعشرة نسيئة ثم أراد أن يبيعه مرابحة على عشرة نقدا لم يبعه مرابحة من غير بيان احترازا عن الشبهة لان للاجل شبهة أن يقابله الثمن على مامر فوجب التحرز عنه بالبيان كذا هذا فاذا باعه

بعشرين

بعشرين ثم اشتراه بعشرة صار كأنه اشترى ثوبا وعشرة بعشرة فيكون العشرة بالعشرة ويبقى الثوب خاليا عن العوض فى عقد المعاوضة فيتمكن فيه شبهة الربا فلم يبعه مرابحة والله سبحانه وتعالى أعلم ولو اشترى ممن لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لم يجز له أن يبيعه مرابحة حتى يبين عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد له ذلك من غير بيان ولو اشترى من مكاتبه أو عبده المأذون وعليه دين أو لا دين عليه لم يبعه مرابحة من غير بيان بالاجماع (وجه) قولهما انه لا خلل فى الشراء الاول لان ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فصح الشراء الاول فلا يجب البيان كما اذا اشترى من الاجنبى ولأبى حنيفة رحمه الله ان تهمة المسامحة فى الشراء الاول قائمة لان الناس فى العادات لا يماكسون فى الشراء من هؤلاء فكانت التهمة وهى الشراء بزيادة الثمن قائمة فلا بد من البيان كما فى المكاتب والمأذون ولان للشراء من هؤلاء شبهة عدم الصحة لان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان مال كل واحد منهما بعد البيع والشراء قائما معنى فكان لهذا الشراء شبهة عدم الصحة والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فتؤثر فى المرابحة كما فى المكاتب والعبد المأذون ولو اشترى سلعة من رجل بألف درهم ثم اشترى منه من لا تقبل شهادته له بألف درهم وخمسمائة فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وذلك ألف ولا يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة الا ببيان عند أبى حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة من غير بيان لما ذكرنا وأجمعوا على انه لو اشترى عبدا بخمسمائة فباعه من المكاتب المديون أو لا دين عليه بألف انه لا يبيعه مرابحة على أكثر الثمنين وكذا لو اشترى المكاتب أو المأذون عبدا بخمسمائة فباعه من المولى بألف لما قلنا ولو اشترى من مضاربه أو اشترى مضاربه منه فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين وحصة المضارب من الربح ان كان فيه ربح وان لم يكن ربح يبيعه مرابحة على أقل الثمنين بيان ذلك اذا دفع ألفا مضاربة فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه من المضارب بألف فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسمائة لان جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس لانه بيع مال نفسه على نفسه والشراء من الانسان بماله الا انا استحسنا الجواز بالاجتهاد مع احتمال الخطأ فكان شبهة عدم الجواز قائمة فتلتحق بالحقيقة فى المنع من المرابحة من غير بيان ولانه يحتمل أن رب المال باعه من المضارب بأكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لانه ما اشتراه بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة فى هذا البيع فلا يبيعه مرابحة بأوفر الثمنين الا ببيان ولو اشترى المضارب عبدا بألف فباعه من رب المال بألف ومائتين فان لرب المال بيعه مرابحة على ألف ومائة ان كانت المضاربة بالنصف لان المائتين ربح وهى بينهما الا ان حصة رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا فيطرح ذلك القدر من بيع المرابحة وأما حصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تهمة اذ لا حق فيها لرب المال فيبيعه مرابحة على الف ومائة وكذلك لو اشترى رب المال عبداً بألف فباعه من المضارب بمائة باعه المضارب مرابحة على مائة وكذلك لو اشترى المضارب بألف فباعه من رب المال بمائة باعه رب المال مرابحة على مائة وهى أقل الثمنين لانه لا تهمة فى الاقل وفى الاكثر تهمة على ما بينا ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بألف ومائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة وخمسين لان الخمسمائة أقل الثمنين والخمسون قدر حصة المضارب من الربح فتضم الى الخمسمائة والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم الخيانة اذا ظهرت فنقول وبالله التوفيق اذا ظهرت الخيانة فى المرابحة لا يخلو اما ان ظهرت فى صفة الثمن واما ان ظهرت فى قدره فان ظهرت فى صفة الثمن بأن اشترى شيأ بنسيئة ثم باعه مرابحة على الثمن الاول ولم يبين أنه اشتراه بنسيئة أو باعه تولية ولم يبين ثم علم المشترى فله الخيار بالاجماع ان شاء أخذه وان شاء رده لان المرابحة عقد بنى على الامانة لان المشترى اعتمد البائع وائتمنه فى الخبر عن الثمن الاول فكانت الامانة مطلوبة فى هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذا لو صالح من دين

الف له على انسان على عبد ثم باعه مرابحة على الالف ولم يبين للمشترى أنه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا وان ظهرت الخيانة فى قدر الثمن فى المرابحة والتولية بأن قال اشتريت بعشرة وبعتك بربح ده يازده أو قال اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت ثم تبين أنه كان اشتراه بتسعة فقد اختلف فى حكمه قال أبو حنيفة عليه الرحمة المشترى بالخيار فى المرابحة ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك وفى التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة و يلزم العقد بالثمن الباقى وقال أبو يوسف لا خيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعاً وذلك درهم فى التولية ودرهم فى المرابحة وحصة من الربح وهو جزء من عشرة أجزاء من درهم وقال محمد رحمه الله له الخيار فيهما جميعاً ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده على البائع (وجه) قول محمد رحمه الله ان المشترى لم يرض بلزوم العقد الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه و يثبت له الخيار لفوات السلامة عن الخيانة كما يثبت الخيار بفوات السلامة عن العيب اذا وجد المبيع معيباً (وجه) قول أبى يوسف رحمه الله ان الثمن الاول أصل فى بيع المرابحة والتولية فاذا ظهرت الخيانة تبين ان تسمية قدر الخيانة لم تصح فلغت تسميته و بقى العقد لازماً بالثمن الباقى ولابى حنيفة الفرق بين المرابحة والتولية وهو ان الخيانة فى المرابحة لا توجب خروج العقد عن كونه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول و زيادة ربح وهذا قائم بعد الخيانة لان بعض الثمن رأس مال و بعضه ربح فلم يخرج العقد عن كونه مرابحة وان أوجب تغييراً فى قدر الثمن وهذا يوجب خللاً فى الرضا فيثبت الخيار كما اذا ظهرت الخيانة فى صفة الثمن بأن ظهر ان الثمن كان نسيئة ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية لان الخيانة فيها تخرج العقد عن كونه تولية لان التولية بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان فى الثمن الاول فلو أثبتنا الخيار لاخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة وهذا انشاء عقد آخر لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة وألزمنا العقد بالثمن الباقى والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة محتمل الفسخ فاما اذا لم يكن بأن هلك أو حدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن لانه اذا لم يكن محتمل الفسخ لم يكن فى ثبوت الخيار فائدة فيسقط كما فى خيار الشرط وخيار الرؤية والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما الاشراك فحكمه حكم التولية لانه تولية حقيقة لكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرائط والاحكام والذى يختص بالاشراك بيان القدر الذى تثبت فيه الشركة فنقول و بالله التوفيق المشترى لا يخلو إما أن يكون لواحد و إما أن يكون لاثنين أو أكثر فان كان لواحد فاشرك فيه غيره فلا يخلو إما أن يشركه فى قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك واما ان أطلق الشركة فان أشركه فى قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف فيه يثبت فى قدر ما أضيف اليه هو الاصل فان أطلق الشركة بأن قال أشركتك فى هذا الكر فله نصف الكر كما لو قال أشركتك فى نصف الكر لان الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلا فى نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شاء أخذ نصف ما بقى وهو ربع الكر وان شاء ترك لانه كان له نصف شائع من ذلك فما هلك هلك على الشركة وما بقى بقى على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض لان الصفقة قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بأن استحق نصف الكر فههنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقى للمشترى خاصة فى البيع وفى الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان البيع أضيف الى نصف شائع وتعذر تنفيذه فى النصف المستحق لانعدام الملك وأمكن تنفيذه فى نصف المملوك فيجب تنفيذه فيه وكذلك فى الشركة الا ان تنفيذه فى النصف المملوك يقتضى المساواة بينهما فى ذلك النصف وذلك بأن يكون نصفه للرجل ونصفه له ولو اشترى عبداً فقال له رجل أشركنى فى هذا العبد فقال قد أشركتك ثم قال له رجل آخر مثل ذلك فاشركه فيه ان كان الثانى علم بمشاركة الاول فله الربع وللمشترى الربع والنصف للاول وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للاول ولا شيء للمشترى لانه اذا علم الثانى بمشاركة الاول فلم يطلب الشركة منه الا فى نصيبه خاصة

والشركة فى نصيبه تقتضى المساواة بين النصيبين وهى أن يكون لكل واحد منهما الربع واذا لم يعلم بالشركة فقوله أشركنى طلب الشركة فى الكل والاشراك فى الكل أن يكون نصفه له والاول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثانى النصف الباقى تحقيقاً للشركة المقتضية للمساواة ولو قال لرجل اشتر جارية فلان بينى و بينك فقال المأمور نعم ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال الاول فقال المأمور نعم ثم اشترى الجارية فالجارية بين الآمرين ولا شىء منها للمأمور لان الاول وكله بشراء نصف الجارية و بقبول الوكالة الثانية لا يخرج عن كونه وكيلا للاول لانه لا يمكن اخراج نفسه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقى وكيلا له بشراء النصف فاذا قبل الوكالة من الثانى صار وكيلا فى شراء النصف الآخر فاذا اشترى الجارية فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال الاولان فقال نعم ثم اشتراها كانت الجارية للاولين ولا شىء للثالث لانه قد بقى وكيلا للاولين اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث شريكان شركة عنان فى الرقيق أمر أحدهما صاحبه أن يشترى عبد فلان بينه و بين المأمور ثم أمره آخر بمثل ذلك فاشتراه فالنصف للاجنبى والنصف للشريكين لان كل واحد من الشريكين يملك شراء الرقيق بعقد الشركة من غير أمر فكان الامر سفها فلم يصح وصح من الاجنبى فاستحق النصف واستحقاق النصف تقضية الشركة والله عز وجل أعلم هذا اذا كان المشترى لواحد فاشركه فان كان لاثنين فلا يخلو اما أن يكون أشرك أحدهما رجلا و إما ان أشركاه جميعاً فان أشركه أحدهما فاما ان أشركه فى نصيبه خاصة بأن قال أشركتك فى نصيبى و إما ان أشركه فى نصفه بأن قال أشركتك فى نصفى و إما ان اشركه مطلقاً بأن قال أشركتك فى هذا العبد و إما ان أشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه و إما ان أشركه فى نصفه بأن قال أشركتك فى نصف هذا العبد فان أشركه فى نصيبه خاصة فله النصف من نصيبه لان الشركة المطلقة فى نصيبه تقتضى أن يكون نصيبه فيه مثل نصيبه لانها تقتضى المساواة وكذا لو أشركه فى نصفه لان الشركة المطلقة فى نصفه تقتضى المساواة فيه وان أشركه مطلقاً فان أجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما وان لم يجز فله الربع لما ذكرنا أن الشركة المطلقة تقتضى المساواة فتقتضى أن يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعاً الا أنه اذا لم يجز تعذر تنفيذ الاشراك فى نصيبه فينفذ فى نصيب صاحبه فيكون له الربع واذا أجاز أمكن اجراء الشركة على اطلاقها وهى باطلاقها تقتضى المساواة وذلك فى أن يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع وان أشركه فى نصيبه ونصيب صاحبه فكذلك فى ظاهر الرواية أنه ان أجاز صاحبه فله النصف والنصف الآخر لهما وان لم يجز فله الربع وروى عن ابى يوسف فى النوادر أنه ان أجاز كان بينهما أثلاثا وان أبى أن يجيز كان له ثلث ما فى يد الذى أشركه وهو سدس الكل (وجه) هذه الرواية ان اشراك أحدهما واجازة الآخر بمنزلة اشراكهما معاً لان الاجازة تستند الى حال العقد فكانهما أشركاه معاً ولان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة فصار كان العاقد أشرك بوكالة صاحبه (وجه) ظاهر الرواية ان الاشراك والاجازة ثبتت على التعاقب لوجود الاشراك والاجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق العلة فصار كما لو أشرك كل واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة تستند الى حالة العقد قلنا نعم لكن الثابت بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يستند فكان حكم الاجازة متأخراً عن حكم الاشراك ثبوتاً وان أشركه فى نصف العبد فاجاز شريكه فله نصف ما فى يد هذا او نصف ما فى يد الآخر وان لم يجز فله نصف ما فى يد الذى أشركه لما قلنا هذا اذا أشركه أحدهما فاما اذا أشركاه جميعاً فلا يخلو اما ان أشركاه معاً واما ان أشركاه على التعاقب فان أشركاه معاً فالقياس أن يكون له النصف كاملا ولكل واحد منهما الربع وفى الاستحسان يكون بينهم أثلاثا وان أشركاه على التعاقب مطلقاً ولم يبينا قدر الشركة أو أشركاه فى نصيبهما بأن قال كل واحد منهما أشركتك فى نصيبى ولم يبين فى كم أشركه كان له النصف وللاولين النصف ( وجه ) القياس أنه لما أشركه كل واحد منهما فقد استحق نصف نصيبه فكان النصف له والنصف لهما جميعاً كما لو أشركاه على التعاقب (وجه) الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق ان الاشراك المطلق من كل واحد منهما اياه فى زمن واحد يقتضى المساواة فى

أنصباء الكل وهو أن يكون نصيب كل واحد منهم مثل نصيب الآخر في أن يكون المشترى بينهم أثلاثا بخلاف الاشراك على التعاقب لان الاشراك من أحدهما مطلقا في زمان يقتضى أن يكون نصيبه مثل نصيبه وكذلك الاشراك الآخر في الزمان الثاني فيجتمع له ربعان وهو النصف لكل واحد منهما الربع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما المواضعة فهي بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شيء معلوم منه ويعتبر لها من الشرائط والاحكام ما يعتبر للمرابحة وقد ذكرنا ذلك كله والاصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة أن يضم قدر الوضيعة الى رأس المال ثم يطرح منه فما بقي بعد الطرح فهو الثمن مثاله اذا قال اشتريت هذا بعشرة وبعتك بوضيعة ده يازده فاذا أردت ان تعرف الثمن أنه كم هو فسبيلك أن تجعل كل درهم من العشرة التي هي رأس المال أحد عشر جزأ فيكون الكل أحد عشر اطرح منها درهماً يكون الثمن تسعة دراهم وجزأ من أحد عشر جزأ من درهم وعلى هذا القياس تجرى مسائل المواضعة والله الموفق للصواب

﴿ فصل ﴾ وأما شرائط لزوم البيع بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو أن يكون خالياً عن خيارات أربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية فلا يلزم مع أحد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله افتراق العاقدين مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط أيضاً ولقب المسئلة ان خيار المجلس ليس بثابت عندنا وعنده ثابت احتج الشافعي رحمه الله بقوله عليه الصلاة والسلام المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا وهذا نص في الباب ولان الانسان قد يبيع شيأ أو يشترى ثم يبدو له فيندم فيحتاج الى التدارك بالفسخ فكان ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين (ولنا) ظاهر قوله عز وجل يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم أباح الله سبحانه وتعالى الاكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد وعنده اذا فسخ أحدهما العقد في المجلس لا يباح الاكل فكان ظاهر النص حجة عليه ولان البيع من العاقدين صدر مطلقاً عن شرط والعقد المطلق يقتضى ثبوت الملك في العوضين في الحال فالفسخ من أحد العاقدين يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما أو في حكمه بالرفع والابطال من غير رضا الآخر وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد أحدهما بالفسخ والاقالة بعد الافتراق كذا هذا (وأما) الحديث فان ثبت مع كونه في حد الآحاد مخالفا لظاهر الكتاب فالخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع وهو ان البائع اذا قال لغيره بعت منك كذا فله أن يرجع ما لم يقل المشترى اشتريت وللمشترى أن لا يقبل أيضاً واذا قال المشترى اشتريت منك بكذا كان له أن يرجع ما لم يقل البائع بعت وللبائع أن لا يقبل أيضاً وهذا النوع من التأويل للخبر نقله محمد في الموطأ عن ابراهيم النخعي رحمهما الله وأنه موافق لرواية أبي حنيفة لما روى عن ابن سيدنا عمر رضي الله عنهما البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما حملناه على هذا توفيقا بين الدلائل بقدر الامكان والله تعالى جل شأنه أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة (فمنها) التفريق بين الرقيق في البيع والاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا توله والدة عن ولدها والتفريق بينهما توليه فكان منهيا وروى ان النبي عليه الصلاة والسلام رأى امرأة والهة في السبي فسأل عن شأنها فقيل قد بيع ولدها فامر بالرد وقال عليه الصلاة والسلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة وهذا خرج مخرج الوعيد وروى أنه قال عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ونهى عن التفريق في حال الصغر وروى أنه عليه الصلاة والسلام وهب من سيدنا على رضي الله عنه غلامين صغيرين فباع أحدهما فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فقال بعت أحدهما فقال عليه الصلاة والسلام بعهما أو ردوا الامر بالجمع بينهما في البيع أو رد البيع فيهما دليل على كراهة التفريق ولان التفريق بين الصغير والكبير نوع اضرار بهما لان الصغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن اليه والكبير يستأنس بالصغير وذا يفوت

بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق اضرارا بهما بالحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين لانهما يأتلفان ويسكن قلب أحدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما ايحاشا بهما فكره ولان الصبا من أسباب الرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفى التفريق ترك الرحمة فكان مكروها ثم الكلام فى كراهة التفريق فى مواضع فى بيان شرائط الكراهة وفى بيان ما يحصل به التفريق وفى بيان صفة ما يحصل به التفريق انه جائز أم لا (اما) شرائط الكراهة (فمنها) صغر أحدهما وهو أن يكون أحدهما صغيرا أو يكونا صغيرين فان كانا كبيرين لا يكره التفريق بينهما لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال لا يجتمع عليهم السبي والتفريق حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية مد عليه الصلاة والسلام النهى عن التفريق الى غاية البلوغ فدل على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ ولان الكراهة معلولة بالاضرار بزوال الاستئناس والشفقة وترك الرحم وكل ذلك يختص بحالة الصغر (ومنها) الرحم وهو القرابة فان كانا أجنبيين لم يكره التفريق بينهما (ومنها) المحرمية وهو أن يكونا ذوى رحم محرم بان كان بينهما قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابنى العم ونحو ذلك لان القرابة المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشأ الشفقة والانس بخلاف سائر القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا تحرم التفريق كحرمة الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو القرابة (ومنها) أن يكون مالكهما واحدا باى سبب ملكهما بشراء أو هبة أو ميراث أو صدقة أو وصية حتى لو كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك ولده الصغير فلا بأس أن يبيع أحدهما دون الآخر وكذا لو كان له ولدان صغيران أحد المملوكين فى ملك أحدهما والآخر فى ملك الآخر لا بأس للاب أن يبيع أحدهما لان الكراهة فى التفريق أن يكونا فى ملك واحد وان لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفريقا لانهما كانا متفرقين قبل البيع وكذا اذا كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك مكاتبه لانهما لم يجتمعا فى ملك شخص واحد لان المكاتب فيما يرجع الى الكسب ملحق بالاحرار فاختلف المالك وان كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك عبده المأذون فان كان عليه دين مستغرق فلا بأس للمولى أن يبيع العبد الذى عنده فأما على أصل أبى حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك كسب المأذون المديون فلم يوجد الاجتماع فى ملك مالك واحد وعندهما وان كان يملكه لكنه ملك تعلق به حق الغرماء فكان كالاجنبي عنه فلم يوجد الاجتماع معنى وان لم يكن عليه دين يكره للمولى أن يبيع أحدهما لوجود الاجتماع فى ملك شخص واحد ولو كان أحدهما فى ملكه والآخر فى ملك مضاربه فلا بأس بالتفريق لان مال المضارب وان لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوى فيه حتى جاز بيع المضارب من رب المال وبيع رب المال من المضارب استحسانا فكان رب المال بمنزلة الاجنبي فلم يوجد الاجتماع فى ملك رجل واحد وعلى هذا يخرج ما اذا باع جارية كبيرة على انه بالخيار فيها ثلاثة أيام ثم ملك ولدها الصغير فى مدة الخيار انه يكره ايجاب البيع فى الجارية بالاجازة أو بالترك حتى تمضى المدة بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فكانت الجارية على ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا فى ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفريقا فيكره ولو باع الجارية على ان المشترى بالخيار ثلاثة أيام ثم ملك البائع ولدها الصغير فى المدة فلا بأس للمشترى أن يجيز البيع أو يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك البائع بلا خلاف لان خيار المشترى لا يمنع خروج السلعة عن ملك البائع بلا خلاف بين أصحابنا وانما الخلاف فى دخولها فى ملك المشترى فلم يجتمع المملوكان فى ملك شخص واحد فلم تكن الاجازة تفريقا ولو كان الخيار للمشترى ولها ابن عند المشترى لا تكره الاجازة بلا اشكال لان الاجازة لا تكون تفريقا بل تكون جمعا (وأما) الفسخ فكذلك لا يكره أيضا (اما) على أصل أبى حنيفة رحمه الله فلا يشكل أيضا لان الجارية لم تدخل فى ملك المشترى لان خيار المشترى يمنع دخول السلعة فى ملكه على أصله فلم يقع الفسخ تفريقا لانعدام الاجتماع فى ملكه (واما) عندهما فالجارية وان دخلت فى ملكه لكن الفسخ حقه فالاجبار

على الاجازة ابطال لحقه وهذا لا يجوز فكان له أن يفسخ والله سبحانه وتعالى أعلم (ومنها) أن يملكهما على الكمال
فان ملك من كل واحد منهما شقصا منه لم يكره أن يبيع نصيبه من أحدهما دون الآخر لان البيع ههنا لا يقع تفريقا
مطلقا لحصول التفريق قبله من وجه فلا يدخل تحت النهى عن التفريق على الاطلاق (ومنها) أن يكون كل واحد
منهما محلا للبيع عند البيع فان خرج أحدهما عن محلية البيع بالتدبير أو الاستيلاد فلا بأس من بيع الآخر وان
كان فيه تفريق لانه تعذر عليه بيعهما جميعا فلو منع عن بيع الآخر لتضرر به المالك وكراهة التفريق شرع لدفع ضرر
زائد فلا يجوز دفعه بالحاق ضرر فوقه بالمالك (ومنها) ان لا يتعلق بأحدهما حق فان تعلق بان لحق أحدهما دين بان
استهلك مال انسان أو جنى جناية على بنى آدم أو اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا لم يكره التفريق بل يباع بالدين
و يدفع بالجناية و يرد بالعيب لان فى المنع من التفريق دفع ضرر زائد بضرر أقوى منه وهو ابطال الحق وهذا لا يجوز
و روى عن أبى حنيفة رحمه الله انه اذا جنى أحدهما يستحب للمالك أن يفدى لما فيه من مراعاة الحقين ودفع
الضرر من الجانبين وانه حسن عقلا وشرعا و روى عن أبى يوسف انه اذا اشتراهما رجل فوجد بأحدهما عيبا
يردهما جميعا أو يمسكهما وليس له أن يرد المعيب خاصة لان رده خاصة تفريق وانه اضرار فصار كما اذا اشترى مصراعى
باب أو زوجى خف أو نعل ثم وجد بأحدهما عيبا انه ليس له أن يرد المعيب خاصة لكونه اضرارا بالبائع خاصة كذا
هذا (ومنها) أن يكون مالكهما مسلما فان كان كافرا لا يكره التفريق وسواء كان المالك حرا أو مكاتبا أو مأذونا عليه
دين أو لا دين عليه صغيرا أو كبيرا وسواء كان المملوكان مسلمين أو كافرين أو أحدهما مسلما والآخر كافرا لان
ماذكرنا من الدلائل الموجبة لكراهة التفريق من النصوص والمعقول لا يوجب الفصل ولو دخل حربى دار الاسلام
بامان ومعه عبدان صغيران أو أحدهما صغير والآخر كبير وهما ذوا رحم محرم أو اشتراهما فى دار الاسلام من صاحبه
الذى دخل معه بامان فأراد أن يبيع أحدهما فلا بأس للمسلم أن يشتريه ولو اشتراهما من مسلم فى دار الاسلام أو ذمى
أو حربى دخل بأمان من ولاية أخرى لا من ولايته يكره للمسلم أن يشترى أحدهما (ووجه) الفرق ان الضرورة
دفعت الكراهة فى الفصل الاول لانه لو لم يشتر لادخلهما دار الحرب فيصير عونا لهم على المسلمين وهذه الضرورة
تنعدم فى هذا الفصل لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن من الحاقهما بدار الحرب فلم تتحقق الضرورة (ومنها) أن لا يرضيا
بالتفريق فان رضيا لا يكره بان كان الصبى مراهقا و رضى بالبيع و رضيت أمه فبيع برضاهما لان كراهة التفريق
لمكان الضرر فاذا رضيا به علم انه لا ضرر فلا يكره والله سبحانه وتعالى أعلم هذا اذا اجتمع مع الصغير فى ملك
شخص واحد قريب واحد هو ذو رحم محرم منه فاما اذا كان معه عدد من الاقارب كل واحد ذو رحم محرم من الصغير
فلا يخلو اما ان كانا أبوين أو غيرهما من ذوى الارحام فان كانا أبوين يكره التفريق بينه و بين أحدهما بلا خلاف وان
كانا ممن سواهما من ذوى الرحم المحرم فاما ان كان أحدهما أقرب من الصغير والآخر أبعد منه واما ان كانا فى القرب منه
على السواء فان كان أحدهما أقرب لا بأس بالتفريق بين الصغير و بين الابعد منهما لان شفقة الاقرب تغنى عن شفقة
الابعد فلم يكن التفريق اضرارا بالصغير سواء اتفقت قرابة الكبيرين كالاب مع الجد والام مع الجدة أو الخالة أو الخال
أو اختلفت كالام مع العمة أو العم و روى عن أبى يوسف انه يكره التفريق بينه و بين أحدهما كيف ما كان لان كل
واحد منهما له شفقة على الصغير و تزول بالتفريق وان كان الكبيران فى القرب من الصغير شرعا سواء ينظر ان اتفقت
جهة قرابتهما كالعمتين والخالتين والاخوين لاب وأم أو لاب أو لام فالقياس أن يكره التفريق بين الصغير و بين
أحدهما وكذا روى عن أبى يوسف وفى الاستحسان لا يكره اذا بقى مع الصغير قريب واحد لان لكل واحد منهما
شفقة على حدة على الصغير فلا تقوم شفقة أحدهما مقام الآخر وكذا قد يختص أحدهما بزيادة شفقة ليست فى
الآخر فكان التفريق اضرارا بتفويت شفقته من حيث الاصل أو من حيث القدر فيكره (وجه) الاستحسان ان
كراهة التفريق للاضرار بالصغير بتفويت النظر وعند اتحاد جهة القرابة والتساوى فى القرب من الصغير كان معنى

النظر حاصلا ببقاء أحدهما بخلاف ما اذا اختلفت الجهة لان عند اختلاف جهة القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالآخر فكان التفريق اضرارا وكذلك لو ملك ستة أخوة أو ستة أخوات ثلاثة منهم كبار وثلاثة صغار لا بأس ببيع كل صغير مع كل كبير لما قلنا ولو كان مع الصغير أبوان حكما بان ادعياه حتى ثبت نسبه منهما ثم اجتمعوا فى ملك شخص واحد فالقياس أن لا يكره بيع أحدهما لاتحاد جهة القرابة وهى قرابة الابوة كالعمين والخالين ونحو ذلك وفى الاستحسان يكره لان أباه أحدهما حقيقة فكان الثابت قرابة أحدهما حقيقة الا انا حكمنا بثبات نسبه منهما لاستوائهما فى الدعوة ولكن الاب فى الحقيقة أحدهما فلو باع أحدهما لاحتمل انه باع الاب فيتحقق التفريق بخلاف ما اذا كان للصغير أب وأم حيث يكره بيع أحدهما لان قرابة كل واحد منهما متحققة فكان البيع تفريقا بين الصغير وبين أحد أبويه بيقين فيكره وان اختلفت جهة قرابة الكبيرين كالعمة مع الخالة والعم مع الخال والاخ لاب مع الاخ لام وما أشبه ذلك يكره التفريق لان من يدلى بقرابة الاب الى الصغير يقوم مقام الاب والذى يدلى اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فصار كما لو كان مع الصغير أب وأم ولو كان كذلك يكره التفريق كذا هذا امرأة سبيت وفى حجرها بنت صغيرة وقعتا فى سهم رجل واحد والمرأة تزعم انها بنتها يكره التفريق بينهما وان كان لا يثبت نسبها بمجرد دعواها فى سائر الاحكام لان الأخبار فى كراهة التفريق وردت فى حق السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية الا بقولها فيدل على قبول قولها فى حق كراهة التفريق ولان هذا من باب الديانة وقول المرأة الواحدة فى الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك فيه طريق الاحتياط ولو كبرت الصغيرة فى يد السابى وقد كان وطئ الكبيرة ولم يعلم من المرأة المسبية ارضاع الصغيرة لا ينبغى له أن يقرب البنت وان لم يثبت نسبها منها لدعوتها لاحتمال انها بنتها من النسب أو الرضاع فلا يقربها احتياطا ولكن لا يمتنع من قربانها فى الحكم لان قول المرأة الواحدة فى حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن الصغيرة فى حجرها وقت السبي فلا بأس بالتفريق والجمع بينهما فى الوطء لانه اذا لم تكن فى حجرها عند السبي فلا دليل على كونها ولدها فى حق الحكم فلا يقبل قولها أصلا ولو ادعى رجل من السبايا صغيرا أو صغيرة انه ولده قبل قوله وثبت نسبه منه سواء كان قبل الاحراز بدار الاسلام أو بعده بعد ان يكون قبل القسمة أو قبل الدخول فى ملك خاص بالبيع وغيره لان دعوى الرجل صحيحة ألا ترى انه يثبت نسبه منه فيظهر فى حق كراهة التفريق سواء كان الولد وقت السبي فى يده أو لم يكن بخلاف دعوة المرأة وكذلك لو ادعت المرأة ان الولد معها من هذا الرجل وهو زوجها وصدقها ثبت بينهما الزوجية بتصادقهما وثبت نسب الولد منهما ويكره التفريق بين الصغير وبين أحدهما لانه ولدهما باقرارهما ولو ادعى واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبي انه ولده قبل القسمة أو البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه علامة الاسلام كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام يثبت نسبه من المدعى ولكنه يسترق لان دعوته وان صحت فى حق ثبات النسب واستندت الى وقت العلوق لكنها لم تصح ولم تستند فى حق الاسترقاق لان فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق فى ابطال حق الغير ويجوز أن يصدق الانسان فى اقراره فى حق نفسه ولا يصدق فى حق غيره اذا تضمن ابطال حق الغير كمن أقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صح الشراء وعتق عليه وكذا لو اشتراه ثم أقر بحريته صح اقراره فى حقه حتى يعتق عليه ولا يصح فى حق بائعه حتى لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه ولهذا نظائر والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما ما يحصل به التفريق فهو التمليك بالبيع لانه تنقطع به منفعة الانس والشفقة وكذا القسمة فى الميراث والغنائم لان القسمة لا تخلو عن معنى التمليك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفريق فيكره ولا بأس أن يعتق أحدهما أو يكاتبه لان الاعتاق ليس بتمليك بل هو ازالة الملك أو انهاؤه فلا يتحقق به التفريق لانه اذا أعتق يمكنه الاستئناس بصاحبه والاحسان اليه فلم يكن الاعتاق تفريقا وكذلك الكتابة لان المكاتب حر يدا فلا تنقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك فلا يكون تفريقا والله عز وجل أعلم ولئن كان تفريقا فيقع الاعتاق فوق ضرر التفريق فلا

يكون ضررا معنى ولو باع أحدهما نسمة للعتق يكره عند أبي حنيفة وعند محمد لا يكره (وجه) قوله ان الوفاء بالوعد من مكارم الاخلاق فالظاهر من حالة المشترى انجاز ما وعد فيخرج التفريق من أن يكون ضررا لانه يقابله نفع أعظم منه وهو العتق (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان العتق ليس بمشروط في البيع ولو كان مشروطا لاوجب فساد البيع فبقى قصد الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقى البيع تفريقا فيكره حتى لو كان قال المشترى ان اشتريته فهو حر ثم اشتراه قالوا لا يكره بالاجماع لانه يعتق بعد الشراء لا محالة فيخرج البيع من أن يكون ضررا

﴿ فصل ﴾ وأما صفة البيع الذى يحصل به التفريق انه جائز أم لا فقد اختلف العلماء فيه فقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله البيع جائز مفيد للحكم بنفسه لكنه مكروه والبائع بالتفريق آثم وقال أبو يوسف رحمه الله البيع فاسد في الوالدين والمولودين وفي سائر ذوى الارحام جائز وقال الشافعي رحمه الله البيع باطل في الكل واحتج بما روينا من الاحاديث الواردة للنهي عن التفريق أو ما يجرى مجرى النهي والبيع تفريق فكان منهيا والنهي لا يصلح سببا لثبوت الملك كسائر البياعات التي ورد النهي عنها على أصله فابو يوسف انما خص البيع في الوالدين والمولودين بالفساد لورود الشرع بتغليظ الوعيد بالتفريق فيهم وهو ما روينا ولهما ان قوله تعالى وأحل الله البيع ونحوه من نصوص البيع يقتضى شرعية البيع على العموم والاطلاق فمن ادعى التخصيص أو التقييد فعليه الدليل وأما الاحاديث فهي محمولة على النهي عن غير البيع وهو الاضرار فلا يخرج البيع عن أن يكون مشروعا كالنهي عن البيع وقت النداء وانما حملناه على غير البيع اما حملا لخبر الواحد على موافقة الكتاب الكريم واما لان النهي لا يرد عما عرف حسنه عقلا على ما عرف (ومنها) البيع وقت النداء وهو أذان الجمعة لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع أمر بترك البيع عند النداء نهيا عن البيع لكن لغيره وهو ترك السعى فكان البيع في ذاته مشروعا جائزا لكنه يكره لانه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعى (ومنها) بيع الحاضر للبادى وهو أن يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما الا لاهل البادية بثمن غال لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع جاز البيع لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الاضرار باهل المصر فلا يوجب فساد البيع كالبيع وقت النداء وهذا اذا كان ذلك يضر باهل البلد بان كان أهله في قحط من الطعام والعلف فان كانوا في خصب وسعة فلا بأس به لانعدام الضرر (ومنها) بيع متلقى السلع واختلف في تفسيره قال بعضهم هو ان يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم الرجل ويشترى جميع ما معهم من الميرة ويدخل المصر فيبيع على ما يشاء من الثمن وهذا الشراء مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تتلقوا السلع حتى تسبط الاسواق وهذا اذا كان يضر بأهل البلد بان كان أهله في جدب وقحط فان كان لا يضرهم لا بأس وقال بعضهم تفسيره هو ان يتلقاهم فيشترى منهم بأرخص من سعر البلد وهم لا يعلمون سعر البلد وهذا أيضا مكروه سواء تضرر به أهل البلد أم لا لانه غرهم والشراء جائز في الصورتين جميعا لان البيع مشروع في ذاته والنهي في غيره وهو الاضرار بالعامة على التفسير الاول وتغرير أصحاب السلع على التفسير الثاني (ومنها) بيع المستام على سوم أخيه وهو أن يساوم الرجلان فطلب البائع بسلعته ثمنا ورضى المشترى بذلك الثمن فجاء مشتر آخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة أو بذلك الثمن لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه وروى لا يسوم الرجل على سوم أخيه والنهي لمعنى في غير البيع وهو الايذاء فكان نفس البيع مشروعا فيجوز شراؤه ولكنه يكره وهذا اذا جنح البائع للبيع بالثمن الذى طلبه المشترى الاول فان كان لم يجنح له فلا بأس للثاني أن يشتريه لان هذا ليس استياما على سوم أخيه فلا يدخل تحت النهي ولانعدام معنى الايذاء أيضا بل هو بيع من يزيد وانه ليس بمكروه لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد وما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليبيع بيعا مكروها وكذا في النكاح اذا خطب رجل امرأة وركن قلبها

اليه يكره لغيره أن يخطبها لما روينا وان لم يركن فلا بأس به (ومنها) بيع السلاح من أهل الفتنة وفى عساكرهم لان بيعه منهم من باب الاعانة على الاثم والعدوان وانه منهى ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالحديد وغيره لانه ليس معدا للقتال فلا يتحقق معنى الاعانة ونظيره بيع الخشب الذى يصلح لاتخاذ المزمار فانه لا يكره وان كره بيع المزامير (وأما) ما يكره مما يتصل بالبيوع (فنها) الاحتكار وقد ذكرنا جملة الكلام فيه فى باب الكراهية والحاقه بهذا الموضع أولى (ومنها) النجش وهو ان يمدح السلعة و يطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيد فى ثمنه وانه مكروه لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن النجش ولانه احتيال للاضرار بأخيه المسلم وهذا اذا كان المشترى يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما اذا كان يطلبها بأقل من ثمنها فنجش رجل سلعة حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكروه وان كان الناجش لا يريد شراءها والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما حكم البيع فلا يمكن الوقوف عليه الا بعد الوقوف على تسمية البياعات فى حق الحكم فنقول و بالله التوفيق البيع فى حق الحكم لا يخلو اما أن يكون صحيحا واما أن يكون فاسدا واما أن يكون باطلا واما أن يكون موقوفا والصحيح لا يخلو اما أن يكون فيه خيار أو لا خيار فيه اما البيع الصحيح الذى لا خيار فيه فله أحكام لكن بعضها أصل و بعضها من التوابع (اما) الحكم الاصلى فالكلام فيه فى موضعين فى بيان أصل الحكم وفى بيان صفته (اما) الاول فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع وللبائع فى الثمن للحال فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والاحكام المتعلقة بهما فيقع الكلام فى موضعين أحدهما فى تفسير المبيع والثمن والثانى فى بيان الاحكام المتعلقة بهما (اما) اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله تعالى المبيع والثمن على أصل أصحابنا من الاسماء المتباينة الواقعة على معان مختلفة فالمبيع فى الاصل اسم لما يتعين بالتعيين والثمن فى الاصل ما لا يتعين بالتعيين وان احتمل تغير هذا الاصل بعارض بان يكون ما لا يحتمل التعيين مبيعا كالمسلم فيه وما يحتمله ثمنا كرأس مال السلم اذا كان عينا على ما نذكره ان شاء الله تعالى (وأما) على أصل زفر رحمه الله وهو قول الشافعى رحمه الله فالمبيع والثمن من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد وانما يتميز أحدهما عن الآخر فى الاحكام بحرف الباء واذا عرف هذا فالدراهم والدنانير على أصل أصحابنا أثمان لا تتعين فى عقود المعاوضات فى حق الاستحقاق وان عينت حتى لو قال بعت منك هذا الثوب بهذه الدراهم او بهذه الدنانير كان للمشترى أن يمسك المشار اليه و يرد مثله ولكنها تتعين فى حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر حتى يجب عليه رد مثل المشار اليه جنسا ونوعا وقدرا وصفة ولو هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى أصلهما يتعين حتى يستحق البائع على المشترى الدراهم المشار اليها كما فى سائر الاعيان المشار اليها ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كما لو هلك سائر الاعيان (وجه) قولهما ان المبيع والثمن يستعملان استعمالا واحدا قال الله تعالى ولا تشتروا بآياتى ثمنا قليلا سمى سبحانه وتعالى المشترى وهو المبيع ثمنا دل على ان الثمن مبيع والمبيع ثمن ولهذا جاز أن يذكر الشراء بمعنى البيع يقال شريت الشئ بمعنى بعته قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم أى وباعوه ولان ثمن الشئ قيمته وقيمة الشئ ما يقوم مقامه ولهذا سمى قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما ثمنا ومبيعا دل انه لا فرق بين الثمن والمبيع فى اللغة والمبيع يحتمل التعين بالتعيين فكذا الثمن اذ هو مبيع على ما بينا (ولنا) ان الثمن فى اللغة اسم لما فى الذمة هكذا نقل عن الفراء وهو امام فى اللغة ولان أحدهما يسمى ثمنا والآخر مبيعا فى عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامى دليل اختلاف المعانى فى الاصل الا انه يستعمل أحدهما مكان صاحبه توسعا لان كل واحد منهما يقابل صاحبه فيطلق اسم أحدهما على الآخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزاء السيئة سيئة وجزاء الاعتداء اعتداء (فاما) الحقيقة فما ذكرنا واذا كان الثمن اسما لما فى الذمة لم يكن محتملا للتعيين بالاشارة فلم يصح التعيين حقيقة فى حق استحقاق العين فجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه وصفته وقدره تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين غير مفيد لان كل عوض يطلب من المعين فى المعاوضات يمكن استيفاؤه من

مثله فلم يكن التعيين فى حق استحقاق العين مفيدا فيلغو فى حقه و يعتبر فى بيان حق الجنس والنوع والصفة والقدر لان التعيين فى حقه مفيد ثم الدراهم والدنانير عندنا أثمان على كل حال أى شئ كان فى مقابلتها وسواء دخله حرف الباء فيهما أو فيما يقابلهما لانها لا تتعين بالتعيين بحال فكانت أثمانا على كل حال (وأما) ماسواهما من الاموال فان كان مما لامثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع على كل حال لانها تتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها الا عينا الا الثياب الموصوفة المؤجلة سلما فانها تثبت دينا فى الذمة مبيعة بطريق السلم استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس الى السلم فيها وكذا الموصوف المؤجل فيها لا بطريق السلم يثبت دينا فى الذمة ثمنا استحسانا وان كان مماله مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فان كان فى مقابلة المكيل أو الموزون دراهم أو دنانير فهو مبيع وان كان فى مقابلته مالا مثل له من الاعيان التى ذكرنا فانه ينظر ان كان المكيل أو الموزون معينا فهو مبيع وان لم يكن معينا يحكم فيه حرف الباء فما دخله فهو ثمن والآخر مبيع وان كان أحدهما معينا والآخر موصوفا أو كان كل واحد منهما موصوفا فانه يحكم فيه حرف الباء فما صحبه فهو الثمن والآخر المبيع (وأما) الفلوس الرائجة فان قوبلت بخلاف جنسها فهى أثمان وكذا ان قوبلت بجنسها متساوية فى العدد وان قوبلت بجنسها متفاضلة فى العدد فهى مبيعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد هى أثمان على كل حال والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يتعلق بهما من الاحكام (فمنها) انه لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع وفى العقار اختلاف و يجوز التصرف فى الاثمان قبل القبض الا الصرف والسلم وقال الشافعى رحمه الله ان كان الثمن عينا لا يجوز التصرف فيها قبل القبض وهذا على أصله مستقيم لان الثمن والمبيع عنده من الاسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد فكان كل واحد منهما مبيعا ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وان كان دينا فله فيه قولان فى قول لا يجوز أيضا لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع مالم يقبض فيتناول العين والدين (ولنا) ما روى عن عبد الله بن سيدنا عمر رضى الله عنهما انه قال يارسول الله انا نبيع الابل بالبقيع ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فقال عليه الصلاة والسلام لا بأس اذا كان بسعر يومهما وافترقتما وليس بينكما شئ وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع ولان قبض الدين بقبض العين لان قبض نفس الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكمى فى الذمة أو عبارة عن الفعل وكل ذلك لا يتصور فيه قبضه حقيقة فكان قبضه بقبض بدله وهو قبض الدين فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفى ذمة المقبوض منه مثلها فى المالية فيلتقيان قصاصا هذا هو طريق قبض الديون وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين أن يكون المقبوض من جنس ما عليه أو من خلاف جنسه لان المقاصة انما تتحقق بالمعنى وهو المالية والاموال كلها فى معنى المالية جنس واحد و به تبين ان المراد من الحديث العين لا الدين لان النهى عن بيع مالم يقبض يقتضى أن يكون المبيع شيأ يحتمل القبض ونفس الدين لا يحتمل القبض على ما بينا فلا يتناوله النهى بخلاف السلم والصرف (اما) الصرف فلان كل واحد من بدلى الصرف مبيع من وجه وثمن من وجه لان البيع لا بد له من مبيع اذ هو من الاسماء الاضافية وليس أحدهما بجعله مبيعا أولى من الآخر فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا من وجه فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كسائر الاثمان ومن حيث هو مبيع لا يجوز فرجحنا جانب الحرمة احتياطا (وأما) المسلم فيه فلانه مبيع بالنص والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز و رأس المال الحق بالمبيع العين فى حق حرمة الاستبدال شرعا فمن ادعى الالحاق فى سائر الاموال فعليه الدليل وكذا يجوز التصرف فى القرض قبل القبض وذكر الطحاوى رحمه الله انه لا يجوز وفرق بين القرض وسائر الديون (ووجه) الفرق له ان الاقراض اعارة لا مبادلة ألا ترى انه لا يلزم الاجل فيه كما فى العارية ولو كان مبادلة للزم فيه الاجل وكذا لا يملكه الاب والوصى والمكاتب والمأذون وهؤلاء يملكون المبادلة ولانه لو جعل مبادلة لما جاز لانه يتمكن فيه الربا وهو فضل العين على الدين دل انه اعارة والواجب فى العارية رد العين وأنه لا يحصل بالاستبدال (وجه) ظاهر الرواية ان الاقراض فى الحقيقة مبادلة الشئ بمثله فان

الواجب على المستقرض مثل ما استقرض دينا فى ذمته لا عينه فكان محتملا للاستبدال كسائر الديون ولهذا اختص جوازه بما له مثل من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة دل ان الواجب على المستقرض تسليم مثل ما استقرض لا تسليم عينه الا أنه أقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كأنه انتفع بالعين مدة ثم ردها اليه فاشبه دين الاستهلاك وغيره والله عز وجل أعلم ( ومنها ) أنه لا يجوز بيع ما ليس عند البائع الا السلم خاصة لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان و رخص فى السلم و يجوز الشراء بثمن ليس عند المشترى لما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعاما بثمن ليس عنده و رهنه درعه وعلى هذا يخرج ما اذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم أو دينار الى شهر أو قال اشتريت منك درهما أو دينارا الى شهر بهذه الحنطة أنه يجوز لما ذكرنا ان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعا فيكون مشتريا بثمن ليس عنده وأنه جائز ولو قال بعت منك قفيز حنطة بهذا الدرهم أو بهذا الدينار و وصف الحنطة لكنه لم يذكر شرائط السلم أو قال بعت منك هذا الدرهم أو هذا الدينار بقفيز من حنطة و وصفها ولم يذكر شرائط السلم لا يجوز لان الدراهم والدنانير أثمان بأى شىء قوبلت فكان ما فى مقابلتها مبيعا فيكون بائعا ما ليس عنده ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان الا السلم خاصة ولم يذكر شرائط السلم فلو ذكر فى هذا البيع شرائط السلم جاز عند أصحابنا الثلاثة وان لم يذكر لفظ السلم وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم والصحيح قولنا لما ذكرنا ان السلم نوع بيع الا أنه بيع اختص بشرائط فاذا أتى بها فقد أتى بالسلم وان لم يتلفظ به ولو تصارفا دينارا بدينار أو عشرة دراهم بعشرة دراهم أو دينارا بعشرة بغير أعيانها وليس عندهما شىء من ذلك فاستقرضا فى المجلس ثم تقابضا وافترقا جاز لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال فكان كل واحد منهما مشتريا بثمن ليس عنده لا بائعا وانه جائز الا أنه لا بد من التقابض لانه صرف ولو تبايعا تبرا بتبر بغير أعيانهما وليس عندهما شىء من ذلك ثم استقرضا قبل الافتراق فتقابضا ثم افترقا ففيه روايتان ذكر فى الصرف أنه يجوز وجعله بمنزلة الدراهم والدنانير المضروبة وذكر فى المضاربة وجعله بمنزلة العروض حيث قال لا تجوز المضاربة فعلى هذه الرواية لا يجوز البيع ويحتمل ان يوفق بين الروايتين بأن تحمل رواية كتاب الصرف على موضع يروج التبر فيه رواج الدراهم والدنانير المضروبة ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يروج رواجها وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذا العبد بكذا كر حنطة ووصفها أنه يجوز لانه جعل الحنطة الموصوفة ثمنا حيث أدخل فيها حرف الباء فيكون الآخر مبيعا فكان هذا بيع العبد بحنطة موصوفة فى الذمة فيجوز ولو قال اشتريت منك كذا كر حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم لانه جعل العبد ثمنا بدلالة حرف الباء فكانت الحنطة مبيعة فكان بائعا ما ليس عنده فلا يجوز الا بشرائط السلم من الاجل و بيان مكان الايفاء وقبض رأس المال ونحو ذلك عندنا وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة ووصفها أو قال بعت منك هذه الحنطة على أنها قفيز بقفيزى شعير ووصفهما ان البيع جائز لانه جعل العين منهما مبيعا والدين الموصوف فى الذمة ثمنا بادخال حرف الباء عليه فيجوز لكن قبض الدين منهما قبل الافتراق شرط لان من شرط جواز البيع أن يكون الافتراق فيه عن عين بعين وذلك بقبض الدين منهما لان الدين لا يتعين الا بالقبض ولو قبض الدين منهما ثم افترقا عن المجلس قبل قبض العين جاز لانهما افترقا عن عين بعين ولو قال اشتريت منك قفيز حنطة و وصفها بهذا القفيز من الحنطة أو قال اشتريت منك قفيزى شعير و وصفهما بهذه الحنطة على أنها قفيز لا يجوز وان أحضر الموصوف فى المجلس لانه جعل الموصوف منهما مبيعا والآخر ثمنا بقرينة حرف الباء فيكون بائعا ما ليس عنده و بيع ما ليس عند الانسان لا يكون الا بطريق السلم ولا سبيل الى تجويزه سلما لان اسلام المكيل فى المكيل لا يجوز ولو تبايعا مكيلا موصوفا بمكيل موصوف أو موزونا موصوفا بموزون موصوف مما يتعين بالتعيين بأن قال بعت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة و وصفها أو بقفيزى شعير ووصفهما أو قال بعت منك من سكر ووصفه بمن سكر و وصفه وليس

عندهما شيء من ذلك ثم استقرضا وتقابضا ثم افترقا لا يجوز البيع لان الذى صحبه منهما حرف الباء يكون ثمنا والآخر مبيعاً فيكون بائعا ماليس عنده فلا يجوز الا سلما والسلم فى مثله لا يجوز لانه اسلام المكيل فى المكيل واسلام الموزون الذى يتعين فى الموزون الذى يتعين وكل ذلك لا يجوز والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج الشراء بالدين ممن عليه الدين شيأ بعينه أو بغير عينه قبضه أو لم يقبضه وجملة الكلام فيه ان الدين لا يخلو من أن يكون دراهم أو دنانير أو فلوساً أو مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك فان كان دراهم أو دنانير فاشترى به شيأ بعينه جاز الشراء وقبض المشترى ليس بشرط لانه يكون افتراقا عن عين بدين وأنه جائز فيما لا يتضمن ربا النساء ولا يتضمن ههنا وكذلك ان كان الدين مكيلا أو موزونا أو قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشترى بدينه وهو دراهم شيأ بغير عينه بأن اشترى بها دينارا أو فلوسا أو هو فلوس فاشترى بها دراهم أو دنانير أو فلوسا جاز الشراء لكن يشترط قبض المشترى فى المجلس حتى لا يحصل الافتراق عن دين بدين لان المشترى لا يتعين الا بالقبض ولو كان دينه دراهم أو دنانير أو فلوسا فاشترى بها مكيلا موصوفا أو موزونا موصوفا أو ثيابا موصوفة مؤجلة لم يجز الشراء لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الآخر مبيعا بائعا ماليس عند الانسان ولا يجوز بيع ماليس عند الانسان الا بطريق السلم ولا سبيل الى تجويزه بطريق السلم لان رأس المال دين بخلاف الفصل الاول لان كل واحد منهما ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وأنه جائز لكن لا بد من التسليم كيلا يكون الافتراق عن دين بدين وان كان الدين مكيلا أو موزونا فباعه بدراهم أو بدنانير أو بفلوس أو اشترى هذه الاشياء بدينه جاز لان الدراهم والدنانير أثمان على كل حال وكذا الفلوس عند مقابلتها بخلاف جنسها فكان من عليه الدين مشتريا بثمن ليس عنده وذلك جائز لكن يشترط القبض فى المجلس لئلا يؤدى الى الافتراق عن دين بدين ولو اشترى بالدين الذى هو مكيل أو موزون مكيلا أو موزونا من خلاف جنسه ينظر ان جعل الدين منهما مبيعاً والآخر ثمناً بأن أدخل فيه حرف الباء وان كان بغير عينه جاز لانه يكون مشتريا بثمن ليس عنده الا ان القبض فى المجلس شرط فلا يكون افتراقا عن دين بدين وان جعل الدين منهما ثمناً بأن أدخل حرف الباء فيه والآخر مبيعا لم يجز الشراء وان أحضر فى المجلس لانه بائع ماليس عنده وبيع ماليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم واذا كان رأس المال دينا لا يجوز السلم وان كان الدين قيمة المستهلك فان كان المستهلك مما له مثل فهذا والاول سواء لان الواجب باستهلا كه مثله فاذا اشترى به شيأ من خلاف جنسه فحكمه ما ذكرنا وان كان مما لا مثل له فاشترى به شيأ بعينه جاز وقبض المشترى ليس بشرط لان الواجب باستهلا كه القيمة والقيمة دراهم أو دنانير فصار مشتريا بدين الدراهم والدنانير شيأ بعينه فيجوز ولا يشترط قبض المشترى لانه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا بأس به فيما لا يتضمن ربا النساء ولو اشترى به شيأ بغير عينه من المكيل أو الموزون ينظر ان جعل ما عليه مبيعاً وهذا ثمناً بان أدخل عليه حرف الباء يجوز الشراء لانه اشترى بثمن ليس عنده فيجوز لكن لا بد من القبض فى المجلس وان جعل ما عليه ثمنا بان صحبه حرف الباء لا يجوز وان أحضر فى المجلس لانه باع ماليس عند الانسان فلا يجوز الا بطريق السلم ولا سبيل اليه لان رأس ماله دين ولو وقع الصلح عن المستهلك على الدراهم أو الدنانير وقضى به الحاكم جاز ولا يكون القبض شرطاً لان هذا ليس شراء بالدين بل هو نفس حقه ولو صالح على دراهم أو دنانير أكثر من قيمة المستهلك جاز الصلح عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد يجوز بقدر القيمة والفضل على القيمة باطل وهى من مسائل الغصب نذكرها ان شاء الله تعالى ولو تبايعا عينا بفلوس باعيانها بان قال بعت منك هذا الثوب أو هذه الحنطة بهذه الفلوس جاز ولا يتعين وان عينت بالاشارة اليها حتى كان للمشترى أن يمسكها ويرد مثلها ولو هلكت قبل القبض لا يبطل البيع لانها وان لم تكن فى الوضع ثمناً فقد صارت ثمنا باصطلاح الناس ومن شأن الثمن ان لا يتعين بالتعيين وكذا اذا تبايعا درهما بعينه أو دينارا بعينه بفلوس باعيانها فانها لا تتعين أيضاً كما لا تتعين الدراهم والدنانير لما قلنا الا ان القبض فى المجلس ههنا شرط

بقاء العقد على الصحة حتى لو افترقا من غير تقابض أصلا يبطل العقد لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد القبض الا من أحد الجانبين دون الآخر فافترقا مضى العقد على الصحة لان المقبوض صار عيناً بالقبض فكان افتراقا عن عين بدين وانه جائز اذ لم يتضمن ربا النساء ولم يتضمن ههنا لانعدام القدر المتفق والجنس وكذا اذا تبايعا فلسا بعينه بفلس بعينه فالفلسان لا يتعينان وان عينا الا أن القبض فى المجلس شرط حتى يبطل بترك التقابض فى المجلس لكونه افتراقا عن دين بدين ولو قبض أحد البدلين فى المجلس فافترقا قبل قبض الآخر ذكر الكرخى أنه لا يبطل العقد لان اشتراط القبض من الجانبين من خصائص الصرف وهذا ليس بصرف فيكتفى فيه بالقبض من أحد الجانبين لان به يخرج عن كونه افتراقا عن دين بدين وذكر فى بعض شروح مختصر الطحاوى رحمه الله أنه يبطل لا لكونه صرفاً بل لتمكن ربا النساء فيه لوجود أحد وصفى علة ربا الفضل وهو الجنس وهو الصحيح ولو تبايعا فلوسا بدراهم على أن كل واحد منهما بالخيار وتقابضا وافترقا بطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع صحة التقابض فيحصل الافتراق لا عن قبض أصلا فيبطل البيع ولو كان الخيار لاحدهما فكذلك عند أبى حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن شرط الخيار يعمل فى الجانبين جميعاً عنده وينعدم القبض من الجانبين وعندهما لا يعمل الا من جانب واحد فينعدم القبض من أحد الجانبين وهذا لا يمنع جواز العقد والاصل المحفوظ أن العقد فى حق القبض على مراتب منها ما يشترط فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها ما لا يشترط فيه القبض أصلا كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة وبيع العين بالدين مما لا يتضمن ربا النساء كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها ومنها ما يشترط فيه القبض من أحد الجانبين كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربا النساء كبيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان الدين منهما ثمناً أو بيع الدين بالعين وهو السلم ولو تبايعا فلساً بعينه بفلسين بأعيانهما جاز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ويتعين كل واحد منهما حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب أو استحق ولو أراد أحدهما أن يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا يتعين ولا يجوز البيع وقد ذكرنا المسألة مع دلائلها فيما تقدم ولو تبايعا فلساً بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما أو عين أحدهما ولم يعين الآخر لا يجوز فى الرواية المشهورة عنهم وعن أبى يوسف أنه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفلس فى هذه الحالة لا يخلو من أن يكون من العروض أو من الاثمان فان كان من العروض فالتعيين فى العروض شرط الجواز ولم يوجد وان كان من الاثمان فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولان تجويز هذا البيع يؤدى الى ربح ما لم يضمن لان مشترى الفلسين يقبضهما وينقد أحدهما ويبقى الآخر عن غير ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وانه منهى ولو تبايعا فلساً بفلسين وشرطا الخيار ينبغى أن يجوز على قولهما لان الفلوس فى هذه الحالة كالعروض وعندهما لا يشترط فيها فلم يكن الخيار مانعاً والله عز وجل أعلم ولو اشترى شيأ بفلوس كاسدة فى موضع لا تنفق فان كانت بأعيانها جاز وان لم تكن معينة لم يجز لانها فى ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز فى بيع العروض ومنها أن للبائع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالا وليس للمشترى أن يمتنع من تسليم الثمن الى البائع حتى يقبض المبيع اذا كان المبيع حاضراً لان البيع عقد معاوضة والمساواة فى المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة وحق المشترى فى المبيع قد تعين بالتعيين فى العقد وحق البائع فى الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن فى الذمة فلا يتعين الا بالقبض فيسلم الثمن أولا ليتعين فتتحقق المساواة وان كان المبيع غائباً عن حضرتهما فللمشترى أن يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع لان تقديم تسليم الثمن لتتحقق المساواة واذا كان المبيع غائبا لا تتحقق المساواة بالتقديم بل يتقدم حق البائع ويتأخر حق المشترى حيث يكون الثمن بالقبض عينا مشارا اليه والمبيع لا ولان من الجائز أن المبيع قد هلك وسقط الثمن عن المشترى فلا يؤمر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سواء كان المبيع فى ذلك المصر أو فى موضع آخر بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار فرق بين هذا وبين الرهن فان الراهن اذا

متنع من قضاء الدين لاحضار الرهن ينظر فى ذلك ان كان الرهن فى ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مؤنة فى الاحضار يؤمر باحضاره أولا كما فى البيع لجواز أن الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره وان كان فى موضع يلحقه المؤنة فى الاحضار لا يؤمر المرتهن بالاحضار أولا بل يؤمر الراهن بقضاء الدين أولا ان كان مقرا ان الرهن قائم ليس بهالك وان ادعى أنه هالك وقال المرتهن هو قائم فالقول قول المرتهن مع يمينه فاذا حلف يؤمر بقضاء الدين (ووجه) الفرق بينهما ان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة على المساواة ولا تتحقق المساواة الا بالاحضار على ما مر بخلاف الرهن فانه عقد ليس بمعاوضة بل هو عقد أمانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون أمانة فى يد المرتهن الا أنه اذا هلك يسقط الدين عن الراهن لا لكونه مضمونا بل لمعنى آخر على ما عرف واذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين عوضا عن الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار الرهن اذا كان بحيث تلحقه المؤنة بالاحضار ولو تبايعا عينا بعين سلما معا لما ذكرنا ان المساواة فى عقد المعاوضة مطلوبة للمتعاوضين عادة وتحقيق المساواة ههنا فى التسليم معا ولان تسليم المبيع مستحق وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر لان كل واحد منهما مبيع فيسلمان معا وكذا لو تبايعا دينا بدين سلما معا تحقيقا للمساواة التى هى مقتضى المعاوضات المطلقة ولاستواء كل واحد منهما فى استحقاق التسليم بخلاف ما اذا تبايعا عينا بدين لان الدين لا يصير عينا الا بالقبض فلا تتحقق المساواة الا بتسليمه أولا على ما بينا والله عز وجل أعلم (ومنها) ان هلاك المبيع قبل القبض يوجب انفساخ البيع وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما أن يكون أصلا واما أن يكون تبعا وهو الزوائد المتولدة من المبيع فان كان أصلا فلا يخلو اما ان هلك كله واما ان هلك بعضه ولا يخلو اما ان هلك قبل القبض واما ان هلك بعده وكل ذلك لا يخلو اما ان هلك بآفة سماوية واما ان هلك بفعل البائع أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى فان هلك كله قبل القبض بآفة سماوية انفسخ البيع لانه لو بقى أوجب مطالبة المشترى بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم المبيع وأنه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة أصلا فلم يكن فى بقاء البيع فائدة فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشترى لان انفساخ البيع ارتفاعه من الاصل كأن لم يكن وكذا اذا هلك بفعل المبيع بان كان حيوانا فقتل نفسه لان فعله على نفسه هدر فكانه هلك بآفة سماوية وكذا اذا هلك بفعل البائع يبطل البيع ويسقط الثمن عن المشترى عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل وعلى البائع ضمان القيمة أو المثل (وجه) قوله انه أتلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيجب عليه ضمان المثل أو القيمة كما لو أتلفه بعد القبض ولا فرق سوى أن المبيع قبل القبض فى يده وهذا لا يمنع وجوب الضمان كالمرتهن اذا أتلف المرهون فى يده (ولنا) ان المبيع فى يد البائع مضمون بأحد الضمانين وهو الثمن ألا ترى لو هلك فى يده سقط الثمن عن المشترى فلا يكون مضمونا بضمان آخر اذ المحل الواحد لا يقبل الضمانين بخلاف الرهن فان المضمون بالرهن على المرتهن معنى المرهون لا عينه بل عينه أمانة حتى كان كفنه ونفقته على الراهن والمضمون بالاتلاف عينه فايجاب ضمان القيمة لا يؤدى الى كون المحل الواحد مضمونا بضمانين لاختلاف محل الضمان بخلاف البيع وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لان المبيع فى يد البائع مضمون بالثمن فى الحالين فيمنع كونه مضمونا بضمان آخر وان هلك بفعل المشترى لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضا كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر عليه الثمن وسواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار للمشترى لان خيار المشترى لا يمنع زوال البيع عن ملك البائع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع تقرر الثمن وان كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسدا فعليه ضمان مثله ان كان مما له مثل وان كان مما لا مثل له فعليه قيمته لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك البائع وملكه مضمون بالمثل أو القيمة وكذا المبيع بيعا فاسدا مضمون بالمثل أو القيمة وان هلك بفعل أجنبى فعليه ضمانه لا شك فيه لانه أتلف مالا مملوكا لغيره بغير اذنه ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل أو القيمة والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البائع فيتبع الجانى فيضمنه

مثله

مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال وان شاء اختار البيع فاتبع الجانى بالضمان واتبعه البائع بالثمن لان المبيع قد تعين فى ضمان البائع لانه كان عينا فصار قيمة وتعين المبيع فى ضمان البائع يوجب الخيار ثم ان اختار الفسخ وفسخ واتبع البائع الجانى بالضمان وضمنه ينظر ان كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن لا يطيب له الفضل لان الفضل ربح مالم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع و ربح مالم يضمن لا يطيب لنهى النبى عليه الصلاة والسلام عن ربح مالم يضمن ولما فيه من شبهة الربا فربح مالم يضمن أولى وان كان الضمان من خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان الربا لا يتحقق عند اختلاف الجنس وان اختار البيع واتبع الجانى بالضمان وضمنه فان كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل لانه ربح مالم يضمن فى حقه لا ربح مالم يملك لان المبيع ملكه وان كان من خلاف جنسه طاب الفضل له لما قلنا ولو كان المشترى عبدا فقتله أجنبى قبل القبض فان كان القتل خطأ لا ينفسخ البيع وللمشترى خيار الفسخ والبيع لما قلنا الا أن ههنا اذا اختار الفسخ وفسخ البيع اتبع البائع عاقلة القاتل فأخذ قيمته فى ثلاث سنين وان اختار المبيع اتبع العاقلة بقيمته فى ثلاث سنين ولو كان القتل عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال قال أبو حنيفة عليه الرحمة ان المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع وللبائع أن يقتص القاتل بعبده وان شاء اختار البيع وله أن يقتص القاتل بعبده وعليه جميع الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله المشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع و يعود المبيع الى ملك البائع وليس للبائع أن يقتص ولكنه يأخذ من مال القاتل القيمة فى ثلاث سنين وان شاء اختار البيع وللمشترى أن يقتص وعليه جميع الثمن وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع والبائع يأخذ القيمة من القاتل فى ثلاث سنين وان شاء اختار البيع واتبع القاتل بالقيمة فى ثلاث سنين (وجه) قول محمد رحمه الله ان العبد لم يكن على ملك البائع وقت القتل بل كان على ملك المشترى فلم ينعقد السبب موجبا للقصاص للبائع وملك المشترى لم يكن مستقرا بل كان محتملا للعود الى ملك البائع بالفسخ فلا تثبت ولاية الاقتصاص لاحدهما (وجه) قول أبى يوسف انه لا سبيل الى اثبات ولاية الاقتصاص للبائع لما قاله محمد وهو ان القتل صادف محلا ليس بمملوك للبائع عند القتل فاما الملك فثابت للمشترى وقت القتل وقد لزم وتقرر باختيار المشترى فتثبت له ولاية الاستيفاء ولابى حنيفة رضى الله عنه انه أمكن القول بثبوت ولاية الاستيفاء لهما على اعتبار اختيار الفسخ وعلى اعتبار اختيار البيع أما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله أبو يوسف وأما على اعتبار اختيار الفسخ فلان فسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن فتبين ان الجناية وردت على ملك البائع فثبتت له ولاية الاقتصاص هذا اذا هلك المبيع كله قبل القبض فأما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى لا ينفسخ البيع والهلاك على المشترى وعليه الثمن لان البيع تقرر بقبض المبيع فتقرر الثمن وكذلك ان هلك بفعل أجنبى لما قلنا و يرجع المشترى على الاجنبى بضمانه و يطيب له الفضل لان هذا الفضل ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البائع ينظر ان كان المشترى قبضه باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فاستهلاكه واستهلاك الاجنبى سواء وان كان قبضه بغير اذن البائع صار مستردا للبيع بالاستهلاك لحصل الاستهلاك فى ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو فى يده والله عز وجل أعلم هذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض أو بعده فأما اذا هلك بعضه فان كان قبل القبض وهلك بآفة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر بان كان مكيلا أو موزونا أو معدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك وتسقط حصته من الثمن لان كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شئ من الثمن وهلاك كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع فى الكل وسقوط كل الثمن فهلاك بعضه يوجب انفساخ البيع وسقوط الثمن بقدره والمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك لان الصفقة قد تفرقت عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل فى البيع من غير تسمية كالشجر والبناء فى الارض وأطراف الحيوان والجودة فى المكيل والموزون لا ينفسخ البيع

أصلا ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن لان الاوصاف لاحصة لها من الثمن الا اذا ورد عليها القبض أو الجناية
لانها تصير مقصودة بالقبض والجناية فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتعيب المبيع قبل
القبض وان هلك بفعل المبيع بان جرح نفسه لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشترى شئ من الثمن لان جنايته على
نفسه هدر فصار كما لو هلك بعضه بآفة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف والاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط
شئ من الثمن ولكن المشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع ولو كان المشترى حيوانين
سوى بنى آدم فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض تسقط حصته من الثمن والمشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بحصته
من الثمن وان شاء ترك لان فعل العجماء جبار فكانه اشترى حيوانين ثم مات أحدهما قبل القبض حتف أنفه ولو
كان المشترى عبدين فقتل أحدهما صاحبه قبل القبض أو كانت جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد ثم قتل
أحدهما صاحبه قبل القبض فالمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع فى الباقى و بطلت الجناية لان الفسخ اعادة الى
ملك البائع فتبين ان القتل حصل فى ملك البائع فبطل وان شاء أخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن
المشترى شئ من الثمن لانه لو أخذه بحصته من الثمن لصار آخذا لجميع الثمن فى الانتهاء فيخير فى الابتداء قصرا
للمسافة ان شاء أخذ الحى منهما بجميع الثمن وان شاء ترك بيان ذلك انه لو أخذ القاتل منهما بحصته من الثمن
لا ينفسخ البيع فى المقتول وانفساخ البيع ارتفاعه من الاصل وعوده الى ملك البائع فتبين ان عبد المشترى قتل
عبد البائع فيخاطب بالدفع أو بالفداء وأيهما فعل قام مقام المقتول فيحيا المقتول معنى فيأخذه ببقية الثمن فصار فى أخذ
الباقى منهما بحصته من الثمن فى الحال آخذا لجميع الثمن فى المآل نخيرناه فى الابتداء للاخذ بجميع الثمن والفسخ
هذا وان هلك بفعل البائع بطل البيع بقدره و يسقط عن المشترى حصة الهالك من الثمن وهو قدر النقصان اعتبارا
للبعض بالكل سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف لان الاوصاف لها حصة من الثمن عند ورود
الجناية عليها لانها تصير أصلا بالفعل فتقابل بالثمن والمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء أخذه بحصته من الثمن وان شاء ترك
لتفرق الصفقة عليه ولو اختار المشترى الاخذ فلم يقبضه حتى مات من تلك الجناية أو من غيرها مات على البائع
و يسقط الثمن عن المشترى لان المبيع انما يدخل فى ضمان المشترى بالقبض ولم يوجد فان قبضه المشترى فمات من
جناية البائع أو غيرها سقطت عن المشترى حصة جناية البائع ولزمه ما بقى من الثمن اما اذا مات من الجناية فلان قبض
الباقى وجد من المشترى فتقرر قبضه فتقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البائع لان المشترى قبض الباقى حقيقة
وقبض المبيع يوجب تقرر الثمن فى الاصل الا اذا وجد من البائع ما ينقضه فيصير مستردا والسراية ليست فعله حقيقة
وانما هى صنع الله تعالى يعنى مصنوعه فبقى المقبوض على حكم قبض المشترى فتقرر عليه ثمنه ولان قبض المشترى
بمنزلة انشاء العقد فيه لان للقبض شبها بالعقد وانشاء الشراء قاطع للسراية كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه ثم سرت
الى النفس ومات فكذلك القبض والله عز وجل أعلم واذا هلك بفعل المشترى لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شئ
من الثمن لانه صار قابضا للكل باتلاف البعض أولا تمكن من اتلاف البعض الا باثبات اليد على الكل وهو تفسير
القبض أو صار قابضا قدر المتلف بالاتلاف والباقى بالتعييب فتقرر عليه كل الثمن ولو مات فى يد البائع بعد جناية
المشترى ينظر ان مات من تلك الجناية مات على المشترى وعليه الثمن لانه لما مات من جنايته تبين ان فعله السابق
وقع اتلافا للكل فتقرر عليه كل الثمن سواء منعه البائع بعد جناية المشترى أو لم يمنعه لان منع البائع بعد وجود الاتلاف
من المشترى هدر وان مات من غير الجناية فان كان البائع لم يمنعه مات من مال المشترى أيضا وعليه كل الثمن لما
ذكرنا انه بالجناية صار قابضا لكل المبيع ولم يوجد ما ينقض قبضه فبقى حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشترى
حصة ما استهلك وسقط عنه ثمن ما بقى لان البائع لما منع فقد نقض قبض المشترى فى قدر القائم فصار مستردا اياه
فاذا هلك فقد هلك فى ضمانه فيهلك عليه ولو جنى عليه البائع ثم جنى عليه المشترى سقط عن المشترى حصة جناية

البائع

البائع لما قلنا ولزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضا للباقي بجنايته فتقرر عليه ثمنه لان جنايته دليل الرضا بتعيب البائع فان ابتدأ المشترى بالجناية ثم جنى البائع قبل قبض الثمن فان برأ العبد من الجنايتين فالمشتري بالخيار ان شاء أخذه وسقطت عنه حصة جناية البائع من الثمن وان شاء ترك لان المشترى صار قابضا بالجناية لكن الجناية فيه قبض بغير اذن البائع والثمن غير منقود فلما جنى عليه البائع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعييبا للمبيع وحدوث العيب في المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شاء فسخ وان شاء ترك وعليه ثلاثة أرباع الثمن وسقطت عنه جناية البائع من الثمن وهو الربع لان النصف هلك بجناية المشترى فتقرر عليه الثمن وربع منه قائم فيأخذه ثمنه أيضا والربع هلك بجناية البائع قبل القبض فيسقط عنه ثمنه وان مات العبد في يد البائع بعد الجنايتين بأن كان المشترى قطع يده ثم قطع البائع رجله من خلاف ثم مات في يد البائع من الجنايتين فعلى المشترى خمسة أثمان الثمن وسقط عنه ثلاثة أثمان الثمن لان المشترى لما قطع يده فقد تقرر عليه نصف الثمن لانه صار قابضا بالقطع ولما قطع البائع رجله فقد استرد نصف القائم من العبد وهو الربع فبقي هناك ربع قائم من العبد فاذا سرت الجناية فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين فينقسم ذلك الربع بينهما نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم أربعة فيصير ثمانية فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية فهلك بجناية المشترى النصف وهو أربعة وبسراية جنايته سهم فيتقرر عليهم ثمنه فذلك خمسة أثمان الثمن وهلك بجناية البائع سهمان وبسراية جنايته سهم فذلك ثلاثة أثمان الثمن يسقط عنه لان هلاك هذا القدر يسقط عنه والله عز وجل أعلم هذا اذا جنى المشترى أولا ثم جنى البائع فبرأت الجراحة أو سرت (فأما) اذا جنى البائع أولا ثم المشترى فان برأ العبد فلا خيار للمشترى ههنا لما ذكرنا ان اقدامه على الجناية بعد جناية البائع دليل الرضا بتعييبه فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضا لما بقي وان مات العبد من الجنايتين فالجواب ههنا على القلب من الجواب في المسئلة المتقدمة وهو ان على المشترى ثلاثة أثمان وسقط عنه خمسة أثمان الثمن فحكم جناية المشترى ههنا كحكم جناية البائع هناك لما ذكرنا فافهم ولو كان الثمن مقبوضا والعبد في يد البائع فجنى عليه البائع يسقط عن المشترى حصته من الثمن أيضا لما ذكرنا فان كان المشترى جنى عليه أولا ثم جنى البائع يلزم البائع من القيمة ما يلزم الاجنبي لان المشترى صار قابضاً بالجناية ولا يملك البائع نقض القبض والاسترداد ههنا لان الثمن مقبوض فصارت جنايته وجناية الاجنبي سواء ولو كان البائع جنى أولا ثم جنى المشترى فما هلك بجناية البائع سقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جنايته فعليه قيمته لان ما هلك بجنايته بعد جناية المشترى تجب قيمته على ماذكرنا فكذا ما هلك بسراية جنايته والله عز وجل أعلم وان هلك بفعل أجنبي فعليه ضمانه لاشك فيه والمشترى بالخيار ان شاء فسخ البيع واتبع البائع الجاني بضمان ما جنى وان شاء اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن وأيهما اختار فالحكم فيه بعد ذلك على ماذكرنا في اتلاف الاجنبي كل المبيع والله عز وجل أعلم هذا اذا هلك بعض المبيع قبل القبض فأما اذا هلك بعض المبيع بعد القبض فان هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى فالهلاك على المشترى لان المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشترى فتقرر عليه الثمن وكذا اذا هلك بفعل أجنبي فالهلاك على المشترى لما قلنا ويرجع بالضمان على الاجنبي لاشك فيه وان هلك بفعل البائع ينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بأن كان المشترى قبضه باذنه أو كان الثمن منقودا أو مؤجلا فهذا وما لو أتلفه أجنبي سواء وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد بأن كان قبضه بغير اذنه والثمن حال غير منقود ينفسخ البيع في قدر المتلف ويسقط عن المشترى حصته من الثمن لانه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مستردا الا انه لم يوجد منه اتلاف الباقي لانه لو هلك الباقي في يد المشترى فعليه حصته من الثمن الا اذا هلك الباقي من سراية جناية البائع فيصير مستردا ويسقط عن المشترى جميع الثمن لان تلف الباقي حصل مضافا الى فعله فصار مستردا للكل فتلف الكل في ضمانه فيسقط كل الثمن ولو اختلف

البياع والمشترى فى هلاك المبيع فقال البائع هلك بعد القبض ولى عليك الثمن وقال المشترى هلك قبل القبض ولا ثمن لك على فالقول قول المشترى مع يمينه لان البائع يدعى عليه القبض والثمن وهو ينكر ولان الظاهر شاهد للمشترى لان المبيع كان فى يد البائع والظاهر بقاء ما كان على ما كان والبائع يدعى أمرا عارضا وهو الزوال والانتقال فكان المشترى متمسكا بالاصل الظاهر فكان القول قوله وان قام أحدهما البينة قبلت بينته ولو أقاما جميعا البينة يقضى ببينة البائع لانها تثبت أمرا بخلاف الظاهر وماشرعت البينات الا لهذا ولانها أكثر اظهارا لانها تظهر القبض والثمن فكانت أولى بالقبول وكذلك لو اختلفا فى الاستهلاك فادعى البائع على المشترى أنه استهلكه وأدعى المشترى على البائع أنه استهلكه فالقول قول المشترى لما قلنا هذا اذا لم يكن للبينتين تاريخ فأما اذا كان لهما تاريخ وتاريخ أحدهما أسبق فالاسبق أولى بالهلاك والاستهلاك جميعا هذا اذا لم يكن قبض المشترى المبيع ظاهرا فأما اذا كان ظاهرا فادعيا الاستهلاك فان لم يكن لهما بينة فالقول قول البائع لان الظاهر شاهد له لان المبيع فى يد المشترى وأيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشترى لانه هو المدعى ألا ترى أنه يدعى أمرا باطنا لا يزيل به ظاهرا وهو الاستهلاك من البائع والمبيع فى يده وكذا المشترى لو ترك الدعوى يترك ولا يجبر عليها والبائع لو ترك الدعوى لا يترك بل يجبر عليها وهذه عبارة مشايخنا فى تحديد المدعى والمدعى عليه واذا قامت بينة المشترى ينظر ان كان فى موضع للبائع حق الاسترداد للحبس لاستيفاء الثمن بان كان المشترى قبضه بغير اذن البائع والثمن حال غير منقود يسقط الثمن عن المشترى لانه بالاستهلاك صار مستردا وانفسخ البيع وان كان فى موضع ليس له حق الاسترداد للحبس بأن كان المشترى قبض المبيع باذن البائع أو بغير اذنه لكن الثمن منقود أو مؤجل فللمشترى أن يضمن البائع قيمة المبيع لانه اذا لم يكن له حق الاسترداد لم يكن بالاستهلاك مستردا ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك فى ضمان البائع فتلزمه القيمة كما لو استهلكه أجنبى والله عز وجل أعلم ولو اشترى بفلوس نافقة ثم كسدت قبل القبض انفسخ عند أبى حنيفة رحمه الله وعلى المشترى رد المبيع ان كان قائما وقيمته أو مثله ان كان هالكا وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يبطل البيع والبائع بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ قيمة الفلوس (وجه) قولهما أن الفلوس فى الذمة وما فى الذمة لا يحتمل الهلاك فلا يكون الكساد هلاكا بل يكون عيبا فيها فيوجب الخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أخذ قيمة الفلوس كما اذا كان الثمن رطبا فانقطع قبل القبض ولابى حنيفة ان الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمنا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس فاذا ترك الناس التعامل بها عددا فقد زال عنها صفة الثمنية ولا بيع بلا ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها أو غلت لا ينفسخ البيع بالاجماع وعلى المشترى أن ينقد مثلها عددا ولا يلتفت الى القيمة ههنا لان الرخص أو الغلاء لا يوجب بطلان الثمنية ألا ترى ان الدراهم قد ترخص وقد تغلو وهى على حالها أثمان ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما بينهما فى وقت اعتبار القيمة فاعتبر أبو يوسف وقت العقد لانه وقت وجوب الثمن واعتبر محمد وقت الكساد وهو آخر يوم ترك الناس التعامل بها لانه وقت العجز عن التسليم ولو استقرض فلوسا نافقة وقبضها فكسدت فعليه رد مثل ما قبض من الفلوس عددا فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وفى قول محمد عليه قيمتها (وجه) قولهما ان الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجها عن الثمنية وصيرورتها سلعة فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض شيأ من ذوات الامثال وقبضه ثم انقطع عن أيدى الناس ولابى حنيفة رحمه الله ان أثر الكساد فى بطلان الثمنية وانه لا يمنع جواز الرد بدليل انه لو استقرضها بعد الكساد جاز ثم اختلفا فى وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت أو غلت فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف لما ذكرنا أن صفة الثمنية باقية ولو اشترى بدرهم فلوسا وتقابضا وافترقا ثم استحقت الفلوس من يده وأخذها المستحق لا يبطل العقد لان بالاستحقاق وان انتقض القبض والتحق بالعدم فيصير كان الافتراق حصل عن قبض الدراهم دون الفلوس وهذا لا يوجب بطلان العقد وعلى

بائع الفلوس أن ينقد مثلها وكذلك ان استحق بعضها وأخذ قدر المستحق لا يبطل البيع لما قلنا وعلى بائع الفلوس
أن ينقد مثل القدر المستحق وكذلك اذا وجد المشترى الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع لان قبض أحد
البدلين فيما لا يتضمن يكفى لبقاء العقد على الصحة وقد وجد قبض أحدهما وهو الدراهم ولو كان المشترى قبض
الفلوس ولم ينقد الدراهم وافترقا ثم استحقت الفلوس فالمستحق بالخيار ان شاء أجاز نقد البائع فيجوز العقد لان
الاجازة استندت الى حالة العقد فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق على بائع الفلوس بمثلها وينقد المشترى الدراهم لبائع
الفلوس وان شاء لم يجز وأخذ الفلوس وبطل العقد لانه لما لم يجز وأخذ الفلوس فقد انتقض القبض والتحق بالعدم
فتبين أن افتراقهما حصل لا عن قبض أصلا فبطل العقد وكذلك لو استحق بعض الفلوس فحكم البعض كحكم الكل
وقد ذكرناه ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج بطل العقد لانه ظهر انهما افترقا من غير قبض وان وجدها تروج فى
بعض التجارة ولا تروج فى البعض أو يأخذها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزائفة ان تجوز بها المشترى
جاز لانها من جنس حقه أصلا وان لم يتجوز بها فالقياس أن يبطل العقد فى المردود قل أو كثر وهو قول زفر وعند أبى
يوسف ومحمد ان لم يستبدل فى مجلس الرد يبطل وان استبدل لا يبطل وعند أبى حنيفة ان كان قليلا فاستبدل
لا يبطل وان كان كثيرا بطل على ما ذكرنا فى السلم والله عز وجل أعلم (وأما) بيان صفة الحكم فله صفتان احداهما
اللزوم حتى لا ينفرد أحد العاقدين بالفسخ سواء كان بعد الافتراق عن المجلس أو قبله عندنا وعند الشافعى رحمه الله
لا يلزم الا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم والثانية الحلول وهو ثبوت الملك فى
البدلين للحال لانه تمليك بتمليك وهو ايجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضى ثبوت الملك فى البدلين فى الحال بخلاف
البيع بشرط الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع وقوعه تمليكا للحال وبخلاف البيع الفاسد فان
ثبوت الملك فيه موقوف على القبض فيصير تمليكا عنده والله عز وجل أعلم (وأما) الاحكام التى هى من التوابع للحكم
الاصلى للبيع (فمنها) وجوب تسليم المبيع والثمن والكلام فى هذا الحكم فى مواضع أحدها فى بيان وجوب
تسليم البدلين وما هو من توابع تسليمهما والثانى فى بيان وقت وجوب تسليمهما والثالث فى تفسير التسليم والقبض
والرابع فى بيان ما يصير به المشترى قابضا للمبيع من التصرفات وما لا يصير (أما) الاول فتسليم البدلين واجب
على العاقدين لان العقد أوجب الملك فى البدلين ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه وانما ثبت وسيلة الى الانتفاع بالمملوك
ولا يتهيأ الانتفاع به الا بالتسليم فكان ايجاب الملك فى البدلين شرعا ايجابا لتسليمهما ضرورة ولان معنى البيع لا يحصل
الا بالتسليم والقبض لانه عقد مبادلة وهو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب وحقيقة المبادلة فى التسليم والقبض لانها
أخذ بدل واعطاء بدل وانما قول البيع والشراء وهو الايجاب والقبول جعل دليلا عليهما ولهذا كان التعاطى بيعا
عندنا على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم وعلى هذا تخرج أجرة الكيال والوزان والعداد والذراع فى بيع المكيل
والموزون والمعدود والمذروع مكايلة وموازنة ومعاددة ومذارعة انها على البائع أما أجرة الكيال والوزان فلانها
من مؤنات الكيل والوزن والكيل والوزن فيما بيع مكايلة وموازنة من تمام التسليم على ما ذكر والتسليم على البائع
فكانت مؤنة التسليم عليه والعدد فى المعدود الذى بيع عددا بمنزلة الكيل والوزن فى المكيل والموزون عند أبى
حنيفة فكان من تمام التسليم فكانت على من عليه التسليم وعندهما هو من باب تأكيد التسليم فكان من توابعه
كالذرع فيما بيع مذارعة فكانت مؤنته على من عليه التسليم وهو البائع وكذا أجرة وزان الثمن على المشترى لما
قلنا (وأما) أجرة ناقد الثمن فعن محمد فيه روايتان روى ابراهيم بن رستم عنه أنها على البائع لان حقه فى الجيد والنقد
تمييز حقه فكانت مؤنته عليه وروى ابن سماعة عنه ان البائع ان كان لم يقبض الدراهم فعلى المشترى لان عليه تسليم
ثمن جيد فكانت مؤنة تسليمه عليه ولو كان قد قبضها فعلى البائع لانه قبض حقه ظاهرا فانما يطلب بالنقد اذا أدى
فكان الناقد عاملا له فكانت أجرة عمله عليه (وأما) بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع ثبت عقيب

العقد بلا فصل وأما على التضييق فان تبايعا عينا بعين وجب تسليمهما معا اذا طالب كل واحد منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا أن المساواة فى عقد المعاوضة مطلوبة المتعاقدين عادة وتحقيق التساوى ههنا فى التسليم معا لما ذكرنا انه ليس أحدهما بالتقديم أولى من الآخر وكذلك ان تبايعا دينا بدين لما قلنا وان تبايعا عينا بدين يراعى فيه الترتيب عندنا فيجب على المشترى تسليم الثمن أولا اذا طالبه البائع ثم يجب على البائع تسليم المبيع اذا طالبه المشترى لان تحقيق التساوى فيه على ما بينا فيما تقدم (وأما) تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض عندنا هو التخلية والتخلى وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشترى برفع الحائل بينهما على وجه يتمكن المشترى من التصرف فيه فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشترى قابضا له وكذا تسليم الثمن من المشترى الى البائع وقال الشافعى رحمه الله القبض فى الدار والعقار والشجر بالتخلية وأما فى الدراهم والدنانير فتناولهما بالبراجم وفى الثياب بالنقل وكذا فى الطعام اذا اشتراه مجازفة فاذا اشتراه مكايلة فبالكيل وفى العبد والبهيمة بالسير من مكانه (وجه) قوله أن الاصل فى القبض هو الاخذ بالبراجم لانه القبض حقيقة الا أن فيما لا يحتمل الاخذ بالبراجم أقيم النقل مقامه فيما يحتمل النقل وفيما لا يحتمله أقيم التخلية مقامه (ولنا) أن التسليم فى اللغة عبارة عن جعله سالما خالصا يقال سلم فلان لفلان أى خلص له وقال الله تعالى ورجلا سلما لرجل أى سالما خالصا لا يشركه فيه أحد فتسليم المبيع الى المشترى هو جعل المبيع سالما للمشترى أى خالصا له بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البائع والتخلى قبضا من المشترى وكذا هذا فى تسليم الثمن الى البائع لان التسليم واجب ومن عليه الواجب لا بد وأن يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه والذى فى وسعه هو التخلية ورفع الموانع فأما الاقباض فليس فى وسعه لان القبض بالبراجم فعل اختيارى للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز ثم لا خلاف بين أصحابنا فى أن أصل القبض يحصل بالتخلية فى سائر الاموال واختلفوا فى أنها هل هى قبض تام فيها أم لا وجملة الكلام فيه أن المبيع لا يخلو اما أن يكون مما له مثل واما أن يكون مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف حتى لو اشترى مذروعا مذارعة أو معدودا معاددة ووجدت التخلية يخرج عن ضمان البائع ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد بلا خلاف وان كان مما له مثل فان باعه مجازفة فكذلك لانه لا يعتبر معرفة القدر فى بيع المجازفة وإن باع مكايلة أو موازنة فى المكيل والموزون وخلى فلا خلاف فى أن المبيع يخرج عن ضمان البائع ويدخل فى ضمان المشترى حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك على المشترى وكذا لا خلاف فى أنه لا يجوز للمشترى بيعه والانتفاع به قبل الكيل والوزن وكذا لو اكتاله المشترى أو اتزنه من بائعه ثم باعه مكايلة أو موازنة من غيره لم يحل للمشترى منه أن يبيعه أو ينتفع به حتى يكيله أو يزنه ولا يكتفى باكتيال البائع أو اتزانه من بائعه وان كان ذلك بحضرة هذا المشترى لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى وروى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا فى أن حرمة التصرف قبل الكيل أو الوزن لانعدام القبض بانعدام الكيل أو الوزن أو شرعا غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية قال بعض مشايخنا انها ثبتت شرعا غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض على التمام بالكيل أو الوزن وكما لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول بدون قبضه أصلا لا يجوز بدون قبضه بتمامه (وجه) قول الاولين ما ذكرنا أن معنى التسليم والتسلم يحصل بالتخلية لان المشترى يصير سالما خالصا للمشترى على وجه يتهيأ له تقليبه والتصرف فيه على حسب مشيئته وارادته ولهذا كانت التخلية تسليما وقبضا فيما لا مثل له وفيما له مثل اذا بيع مجازفة ولهذا يدخل المبيع فى ضمان المشترى بالتخلية نفسها بلا خلاف دل أن التخلية قبض الا أن حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه ثبت تعبدا غير معقول المعنى والله عز وجل أعلم (وجه) قول الآخرين تعليل محمد رحمه الله فى هذه المسئلة فى كتاب البيوع فانه قال ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيه قبل الكيل لانه باعه قبل أن

يقبضه ولم يرد به أصـل القبض لانه موجود وانما أراد به تمام القبض والدليل على أن الكيل والوزن فى المكيـل والموزون الذى بيع مكايلة وموازنة من تمام القبض أن القدر فى المكيل والموزون معقود عليـه ألا ترى أنه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل ترد أو يفـرض لها ثمن ولو نقص يطرح بحصته شىء من الثمن ولا يعرف القـدر فيهما الا بالكيل والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قبض قدر المعقود عليه الا بالكيل والوزن فـكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه تمامه كما لا يجوز قبل قبضه أصلا ورأساً بخلاف المذروعات لان القدر فيها ليس معقوداً عليـه بل هو جار مجرى الوصف والاوصاف لا تـكون معقوداً عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشترى بلا ثمن وفى النقصان لا يسقط عنه شىء من الثمن فـكانت التخلية فيها قبضاً تاماً فيكتفى بها فى جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات على ما بينا الا أنه يخرج عن ضمان البائع بالتخلية نفسها لوجود القبض بأصله والخروج عن ضمان البائع يتعلق بأصل القبض لا بوصف الـكمال فأما جواز التصرف فيـه فيستدعى قبضاً كاملا لورود النهى عن بيع ما لم يقبض والقبض المطلق هو القبض الـكامل والله عز وجـل أعلم ( وأما ) المعدودات المتقاربة اذا بيعت عدداً لا جزافاً فحكمها حكم المكيلات والموزونات عنـد أبى حنيفة حتى لا يجوز بيعها الا بعد العد وعند أبى يوسف ومحمد حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد ( وجـه ) قولهما ان العـددى ليس من أموال الربا كالذرع ولهـذا لم تـكن المساواة فيها شرطاً لجواز العقد كما لا تشترط فى المذروعات فـكان حكمه حكم المذروع ولابى حنيفة رحمه الله ان القدر فى المعدود معقود عليـه كالقدر فى المكيل والموزون ألا ترى انه لو عده فوجده زائداً لا تطيب الزيادة له بلا ثمن بل يردها أو يأخذها بثمنها ولو وجده ناقصاً يرجع بقدر النقصان كما فى المكيل والموزون دل أن القدر فيه معقود عليه واحتمال الزيادة والنقصان فى عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره ولا يعرف قدره الا بالعد فأشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه بمنزلة المكيل والموزون فى ضمان العدوان الا أنه لم يجز فيـه الربا لان المساواة بين واحـد وواحد فى العـد ثبتت باصطلاح الناس واهدارهم التفاوت بينهما فى الصغر والـكبر لـكن ما ثبت باصطلاح الناس جاز أن يبطل باصطلاحهـم ولما تبايعا واحداً باثنين فقد أهدرا الاصطلاح الاهدار واعتبرا الـكبر لانهما قصدا البيع الصحيح ولا صحة الا باعتبار الـكبر وسقوط العد فـكان أحدهما من أحـد الجانبين بمقابلة الـكبير من الجانب الآخر فلا يتحقق الربا أما ههنا فلا بد من اعتبار العد اذا بيع عدداً واذا اعتبر العد لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كما فى المكيل والموزون بخلاف المذروع فان القدر فيه ليس بمعقود عليه على ما بينا فـكانت التخلية فيه قبضاً تاماً فـكان تصرفاً فى المبيع المنقول بعد القبض وانه جائز والله عز وجل أعلم ولو كاله البائع أو وزنه بحضرة المشترى كان ذلك كافياً ولا يحتاج الى اعادة الـكيل لان المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشترى وما روى عن رسول الله صـلى الله عليـه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيـه صاعان صاع البائع وصاع المشترى محمول على موضع مخصوص وهو ما اذا اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم يجز لهذا المشترى التصرف فيـه حتى يكيله وان كان هو حاضراً عنـد اكتيال بائعه فلا يكتفى بذلك وكذلك اذا أسلم الى رجل فى حنطة فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه قدر المسلم فيه من رجل مكايلة وأمر رب السلم باقتضائه فانه لا يجوز له التصرف فيه ما لم يكله مرتين مرة للمسلم اليه ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان السـلم قرض بأن استـقرض المستقرض كراً من انسـان وأمر المقرض بقبض الـكر فانه يكتفى فيه بكيل واحد للمشترى والمستقرض ( ووجه ) الفرق ان الـكيل والوزن فيما عقـد بشرط الـكيل والوزن فى المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لانه من تمام القبض على ما بينا والسلم عقد بشرط الـكيل والمسلم اليـه اشترى بشرط الـكيل فلا بد من أن يكيل رب السلم أولا للمسلم اليـه ليصير قابضاً له فيجعل كان المسلم اليـه قبضه بنفسه من البائع ثم يكيل لنفسه ليصير قابضاً لنفسه من المسلم اليه فاما قبض بدل القرض فليس بشرط لجواز التصرف فيـه لان

القبض بالكيل في باب البيع لاندفاع جهالة المعقود عليه بتمييز حق المشترى عن حق البائع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولان الاقراض اعارة عندنا فالمقبول من بدل القرض كانه عين حقه فصار كما لو أعار عيناً ثم استردها فيصح قبضه بدون الكيل وانما يجب كيل واحد للمشترى لاغير والله عزوجل أعلم (وأما) بيان ما يصير به المشترى قابضاً للمبيع من التصرفات ومالا يصير به قابضاً فنقول وبالله التوفيق المبيع لايخلو إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشترى فان كان في يد البائع فاتلفه المشترى صار قابضاً له لانه صار قابضاً بالتخلية فبالاتلاف أولى لان التخلية تمكين من التصرف في المبيع والاتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة التصرف وكذلك لوقطع يده أوشج رأسه وكل تصرف نقص شيأ لان هذه الافعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضاً فبها أولى وكذلك لو فعل البائع شيأ من ذلك بأمر المشترى لان فعله بأمر المشترى بمنزلة فعل المشترى بنفسه ولو أعتقه المشترى يصير قابضاً لان لاعتاق اتلاف حكماً فيلحق بالاتلاف حقيقة وكذا لو دبره أو استولد الجارية أي أقر انها أم ولد له لان التدبير والاستيلاد تنقيص حكماً فكان ملحقاً بالتنقيص حقيقة ولو زوج المبيع بأن كان جارية أو عبداً فالقياس أن يصير قابضاً وهو رواية عن أبى يوسف وفي الاستحسان لا يصير قابضاً ( وجه ) القياس أن التزوج تعييب الاترى أن الزوجية عيب يرد بها واذا كانت الزوجية عيباً كان التزوج تعييباً والتعييب قبض ( وجه ) الاستحسان أنه تعييب حكما لاحقيقة لانه لايوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك فيه فلا يصير به قابضاً وكذا لو أقر عليه بالدين فالقياس أن يصير قابضاً لان الدين عيب حتى يرد به وفي الاستحسان لا يصير قابضاً لانه تعييب حكمي وانه لايوجب النقصان فلا يكون قبضاً ولو وطئها الزوج في يد البائع صار المشترى قابضاً لان الوطء اثبات اليد على الموطوءة وانه حصل من الزوج بتسليط المشترى فكان من حيث انه اثبات اليد مضافاً الى المشترى فكان قابضاً من المشترى ولو أعار المشترى المبيع للبائع أو أودعه أو آجره لم يكن شيء من ذلك قبضاً لان هذه التصرفات لم تصح من المشترى لان يد الحبس بطريق الاصالة ثابتة للبائع فلا يتصور اثبات يد النيابة له بهذه التصرفات فلم تصح والتحقت بالعدم ولو أعاره أو أودعه أجنبياً صار قابضاً لان الاعارة والايداع اياه صحيح فقد أثبت يد النيابة لغيره فصار قابضاً ولو أرسل المشترى العبد المبيع الى حاجة صار قابضاً لان ارساله في الحاجة استعمال له بدليل أنه صار راضياً به واستعماله اياه اثبات يده عليه وهو معنى القبض ولو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشترى اتباع الجانى بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبى يوسف وعند محمد لا يكون حتى لو توى الضمان على الجانى بان مات مفلساً كان التوى على المشترى ولا يبطل البيع عند أبى يوسف ويتقرر عليه الثمن وعند محمد يبطل البيع والتوى على البائع ويسقط الثمن عن المشترى وكذا لو استبدل المشترى الضمان ليأخذ مكانه من الجانى شيأ آخر جاز عند أبى يوسف وعند محمد لا يجوز لان هذا تصرف في المعقود عليه قبل القبض لان القيمة قائمة مقام العين المستهلكة والتصرف في المعقود عليه قبل القبض لايجوز لا من البائع ولا من غيره وكذا المبيع اذا كان مصوغاً من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ أجنبي قبل القبض فاختار المشترى أن يتبع الجانى بالضمان ونقد الدينار البائع فافترقا قبل قبض ضمان المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند أبى يوسف لان اختياره تضمين المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف لعدم القبض ( وجه ) قول محمد ان الضمان حكم العين لان قيمة العين قائمة مقامها ولهذا بقى العقد على القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض كان الهلاك على البائع ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشترى فكذا القيمة ولابى يوسف ان جناية الاجنبى حصلت باذن المشترى وأمره دلالة فيصير قابضاً كما لو فعل بنفسه وبيان ذلك أن اختيار المشترى اتباع الجانى بالضمان تمليك من المضمون لان المضمونات تملك باختيار الضمان مستنداً الى وقت سبب الضمان فيصير كان الجناية حصلت بأمر المشترى فيصير

قابضاً لان فعل الاجنبي بأمر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو أمر المشتري البائع أن يعمل في المبيع عملا فان كان عملا لا ينقصه كالقصارة والغسل بأجر أو بغير أجر لا يصير قابضاً لان التصرف الذي لا يوجب نقصان المحل مما يملكه البائع باليد الثابتة كما اذا نقله من مكان الى مكان فكان الامر به استيفاء لملك اليد فلا يصير به قابضاً وتجب الاجرة على المشتري ان كان بأجر لان الاجارة قد صحت لان العمل على البائع ليس بواجب فجاز أن تقابله الاجرة وان كان عملا ينقصه يصير قابضاً لان تنقيصه اتلاف جزء منه وقد حصل بأمره فكان مضافاً اليه كانه فعله بنفسه والله عزوجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا أسلم في كرحنطة فلما حل الاجل أمر رب السلم المسلم اليه أن يكيله في غرائر المسلم اليه أو دفع اليه غرائره وأمره أن يكيله فيها ففعل أنه ان كان رب السلم حاضراً يصير قابضاً بالتخلية وان كان غائباً لا يصير قابضاً لان الحنطة التي يكيلها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم لان حقه في الدين لا في العين فلم يصح أمر المشتري إياه بكيلها فلم يصر وكيلا له فلا تصير يده يد رب السلم سواء كانت الغرائر للمسلم اليه أو لرب السلم لان يد رب السلم عن الغرائر قد زالت فاذا كال فيها الحنطة لم تصر في يد رب السلم فلا يصير قابضاً وكذا لو استقرض من رجل كراً ودفع اليه غرائره ليكيله فيها ففعل وهو غائب لا يصير قابضاً لان القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح أمر المستقرض إياه بكيله فلا يصير وكيلا له فلا تصير يده يد المستقرض كما في السلم ولو اشترى من انسان كراً بعينه ودفع غرائره وأمره بأن يكيل فيها ففعل صار قابضاً سواء كان المشتري حاضراً أو غائباً لان المعقود عليه معين وقد ملكه المشتري بنفس العقد فصح أمر المشتري لانه تناول عيناً هو ملكه فصح أمره وصار البائع وكيلا له وصارت يده يد المشتري وكذلك الطحن اذا طحنه المسلم اليه بأمر رب السلم لم يصر قابضاً ولو طحنه البائع بأمر المشتري صار قابضاً لان الطحن بمنزلة الكيل في الغرائر ولو استعار المشتري من البائع غرائره وأمره بأن يكيله فيها ففعل فان كان المشتري حاضراً يصير قابضاً بالتخلي بالاجماع وان كان غائباً لا يصير قابضاً عند محمد ما لم يسلم الغرائر اليه سواء كانت الغرائر بغير عينها أو بعينها وقال أبو يوسف ان كانت بعينها صار المشتري قابضاً بنفس الكيل فيها وان كانت بغير عينها بأن قال أعرني غرارة وكل فيها لا يصير قابضاً ( وجه ) قول محمد ان الغرائر عارية في الوجهين جميعاً ولم يقبضها والعارية لا حكم لها بدون القبض فبقيت في يد البائع فبقي ما فيها في يد البائع أيضاً فلا يصير في يد المشتري قابضاً الا بتسليم الغرائر اليه ولابي يوسف الفرق بين حالة التعيين وعدم التعيين وهو أن الغرائر اذا كانت معينة مشاراً اليها فان لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث اقامتها مقام يده واذا لم تكن متعينة فلا وجه للاعارة بوجه وقول محمد أظهر والله عزوجل أعلم ولو اشترى كراً بعينه وله على البائع كر دين فأعطاه جوالقاً وقال له كلهما فيه ففعل صار قابضاً لهما سواء كان المبيع أولا أو الدين وهذا قول أبي يوسف وقال محمد ان كان المبيع أولا يصير قابضاً لهما كما قال أبو يوسف وان كان الدين أولا لم يصر قابضاً للدين وكان قابضاً للعين وكانا شريكين فيه ( وجه ) قول محمد ان نفس الكيل في الدين ليس بقبض لما ذكرنا فاذا بدأ بكيله لم يصر المشتري قابضاً له فاذا كاله بعده فقد خلط ملك المشتري بملك نفسه فيشتركان في المخلوط ونفس الكيل في العين قبض فاذا بدأ بكيله صار المشتري قابضاً له ثم اذا كال الدين بعده فقد استهلك العين بالخلط فقام ذلك الدين مقام العين فصار قابضاً له ( وجه ) قول أبي يوسف ان البائع خلط ملك المشتري بملك نفسه في الحال بأمر المشتري فكان مضافاً الى المشتري والخلط من أسباب التملك في الجملة فيملك المشتري الدين بالخلط وقد جعله في غرائره بأمره فصار قابضاً له والله عزوجل أعلم ولو باع قطناً في فراش أو حنطة في سنبل وسلم كذلك فان أمكن المشتري قبض القطن أو الحنطة من غير فتق الفراش أو دق السنبل صار قابضاً له لحصول معنى القبض وهو التخلي والتمكن من التصرف وان لم يمكنه الا بالفتق والدق لم يصر قابضاً له لانه لا يملك الفتق أو الدق لانه تصرف في ملك البائع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم يحصل التمكن والتخلي فلا يصير قابضاً ولو باع الثمرة على الشجرة وسلم كذلك صار قابضاً لانه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك

البائع فحصل التخلي بتسليم الشجر فكان قبضاً بخلاف بيع القطن في الفراش والحنطة في السنبل ولهذا قالوا ان أجرة الجذاذ على المشتري واجرة الفتق والدق على البائع اذا كان المشتري لا يمكنه القبض الا به لانه صار قابضاً للثمن بتسليم الشجر فكان الجاذ عاملا للمشتري فكانت الاجرة عليه ولم يحصل القبض بتسليم الفراش والسنبل فكان الفتق والدق على البائع مما يتحقق به التسليم فكانت أجرته عليه هذا اذا كان المبيع في يد البائع وقت البيع فأما اذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضاً للبيع بنفس العقد أم يحتاج فيه الى تجديد القبض فالاصل فيه أن الموجود وقت العقد ان كان مثل المستحق بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان كان أقوى من المستحق ناب عنه وان كان دونه لا ينوب لانه اذا كان مثله أمكن تحقيق التناوب لان المتماثلين غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده وان كان أقوى منه يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه لا يوجد فيه الا بعض المستحق فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسائل وجملة الكلام فيها أن يد المشتري قبل الشراء إما ان كانت يد ضمان و إما ان كانت يد أمانة فان كانت يد ضمان فاما ان كانت يد ضمان بنفسه و إما ان كانت يد ضمان بغيره فان كانت يد ضمان بنفسه كيد الغاصب يصير المشتري قابضاً للمبيع بنفس العقد ولا يحتاج الى تجديد القبض سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه فتجانس القبضان فناب أحدهما عن الآخر لان التجانس يقتضي التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده سواء كان المبيع حاضراً أو غائباً لان يد الغاصب في الحالين يد ضمان وان كانت يده يد ضمان لغيره كيد الرهن بأن باع الراهن المرهون من المرتهن فانه لا يصير قابضاً الا أن يكون الرهن حاضراً أو يذهب الى حيث الرهن و يتمكن من قبضه لان المرهون ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان فلم يتشابها فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولان الرهن أمانة في الحقيقة فكان قبضه قبض أمانة وانما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر لا لكونه مضموناً على ما عرف واذا كان أمانة فقبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان كقبض العارية والوديعة وان كانت يد المشتري يد أمانة كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضاً الا أن يكون بحضرته أو يذهب الى حيث يتمكن من قبضه بالتخلي لان يد الامانة ليست من جنس يد الضمان فلا يتناوبان والله عز وجل أعلم ولو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع فقال البائع قبضته وقال المشتري لم أقبضه فالقول قول المشتري لان البائع يدعي عليه وجود القبض وتقرر الثمن وهو ينكر ولان عدم القبض أصل والوجود عارض فكان المشتري متمسكاً بالاصل والبائع يدعي أمراً عارضاً فكان الظاهر شاهداً للمشتري فكان القول قوله مع يمينه وكذا اذا قبض بعضه واختلفا في قدر المقبوض فالقول قول المشتري لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البائع لما قلنا في قبض المبيع والله عز وجل أعلم ولو اختلفا فقال البائع للمشتري قطعت يده فصرت قابضاً وقال المشتري للبائع أنت قطعت يده وانفسخ البيع فيه لم يقبل قول كل واحد منهما على صاحبه و يجعل كان يده ذهبت بآفة سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لاحدهما فلا يكون قول أحدهما بالقبول على صاحبه أولى من قول الآخر فلا يقبل و يجعل كأنها ذهبت بآفة سماوية و يخير المشتري لتغير المبيع قبل القبض فان شاء أخذ الباقي بجميع الثمن وان شاء رده على البائع فان اختار الاخذ يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه و يأخذ كذا ذكر القدوري رحمه الله في شرحه أما تحليف البائع فلا اشكال فيه لان المشتري يدعي عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف لانه اذا حلف لا يسقط عن المشتري شيء من الثمن فكان تحليفه مفيداً (وأما) تحليف المشتري فشكل لانه لا يفيد شيأ لانه يأخذه بعد الحلف بكل الثمن وهذا فيما اذا اختار المشتري الرد على البائع لانه لا يحلف البائع بل يحلف المشتري وحده لان تحليف البائع لا يفيده شيأ حيث رده عليه وكذلك لو كان المبيع مما يكال أو يوزن فذهب بعضه فاختلفا فقال البائع للمشتري أنت أكلت وقال المشتري للبائع مثل ذلك أنه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه و يجعل كأنه ذهب بعضه بآفة سماوية لما قلنا و يخير المشتري لتفرق الصفقة الا أن هناك ان اختار

الاخذ

الاخذ أخذ الباقى بما بقى من الثمن لان القدر فى المكيل والموزون معقود عليه فكان له حصة من الثمن والاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف فلا يقابلها الثمن الا اذا صارت مقصودة بالقبض أو بالجناية على ما بينا فيما تقدم وذكر القدورى رحمه الله ههنا أيضا أنه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ ولا اشكال ههنا فى تحليف المشترى لان التحليف مفيد فى حقه لان البائع يدعى عليه كل الثمن وهو ينكر فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيداً (وأما) تحليف البائع ففيه اشكال لان المشترى يدعى عليه سقوط بعض الثمن وذا حاصل له من غير تحليفه فلم يكن تحليفه مفيداً فى حقه فينبغى أن لا يحلف وان اختار الرد على البائع حلف المشترى وحده دون البائع لما قلنا فان أقام أحدهما البينة قبلت بينته لانها قامت على أمر جائز الوجود وان أقاما البينة فالبينة بينة البائع لانها مثبتة الا ترى أنها توجب دخول السلعة فى ضمان المشترى وتقرر الثمن عليه وبينة المشترى نافية فالمثبتة أولى والله عز وجل أعلم (ومنها) ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفاء الثمن وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى قول يسلمان معا وفى قول يسلم المبيع أولا ثم يسلم الثمن أما قوله الاول فبناء على أصله الذى ذكرنا فيما تقدم وهو أن الثمن والمبيع من الاسماء المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كل ثمن مبيعا وكل مبيع ثمنا (وأما) قوله الثانى وهو أن فى تقديم تسليم المبيع صيانة العقد عن الانفساخ بهلاك المبيع وليس ذلك فى تقديم تسليم الثمن لانه لو هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تقديم تسليم المبيع أولى صيانة للعقد عن الانفساخ ما أمكن (ولنا) قوله عليه الصلاة والسلام الدين مقضى وصف عليه الصلاة والسلام الدين بكونه مقضيا عاما أو مطلقا فلو تأخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين مقضيا وهذا خلاف النص وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال ثلاث لا يؤخرن الجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفأ والدين اذا وجدت ما يقضيه وتقديم تسليم المبيع تأخير الدين وانه منفى بظاهر النص ولان المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين الا بالتسليم على أصلنا فلا بد من تسليمه أولا تحقيقا للمساواة وقوله فيما قلته صيانة للعقد عن الانفساخ بهلاك المبيع قلنا هلاكه قبل تسليم الثمن نادر والنادر ملحق بالعدم فيلزم اعتبار معنى المساواة ثم الكلام فى هذا الحكم فى موضعين أحدهما فى بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثانى فى بيان ما يبطل به بعد ثبوته أما شرط ثبوته فشيئان أحدهما أن يكون أحد البدلين عينا والآخر دينا فان كانا عينين أو دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معا لما ذكرنا فيما تقدم والثانى أن يكون الثمن حالا فان كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس تثبت حقا للبائع لطلبه المساواة عادة لما بينا ولما باع بثمن مؤجل فقد أسقط حق نفسه فبطلت الولاية ولو كان الثمن مؤجلا فى العقد فلم يقبض المشترى المبيع حتى حل الاجل فله أن يقبضه قبل نقد الثمن وليس للبائع حق الحبس لانه أسقط حق نفسه بالتأجيل والساقط متلاشى فلا يحتمل العود وكذلك لو طرأ الاجل على العقد بأن أخر الثمن بعد العقد فلم يقبض البائع حتى حل الاجل له أن يقبضه قبل نقد الثمن ولا يملك البائع حبسه لما قلنا ولو باع بثمن مؤجل فلم يقبض المشترى حتى حل الاجل هل له أجل آخر فى المستقبل ينظر ان ذكر أجلا مطلقا بأن ذكر سنة مطلقة غير معينة فله أجل آخر هو سنة أخرى من حين يقبض المبيع عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الثمن حال وليس له أجل آخر وان ذكر أجلا بعينه بأن باعه الى رمضان فلم يقبضه المشترى حتى مضى رمضان صار الثمن حالا بالاجماع (وجه) قولهما ان السنة المطلقة تنصرف الى سنة تعقب العقد بلا فصل فاذا مضت انتهى الاجل كما لو عين الاجل نصا ولابى حنيفة رحمه الله ان الاصل فى الثمن شرع نظراً للمشترى لينتفع بالمبيع فى الحال مع تأخير المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض له الا وان يكون اعتبار الاجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تأجيلا من هذا الوقت دلالة بخلاف ما اذا عين الاجل لانه نص على تعينه فوجب اعتبار المنصوص عليه إذ لا دلالة مع النص بخلافها ولو كان فى البيع خيار الشرط لهما أو لاحدهما والاجل مطلق فابتداء الاجل من حين وجوب العقد

وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده لان تأجيل الثمن هو تأخيره عن وقت وجوبه ووقت وجوبه هو وقت وجوب العقد وانبرامه لا قبله إذ لا وجوب للثمن قبله والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يبطل به حق الحبس بعد ثبوته وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا أخر الثمن بعد العقد بطل حق الحبس لانه أخر حق نفسه في قبض الثمن فلا يتأخر حق المشتري في قبض المبيع وكذا المشتري اذا نقد الثمن كله أو أبرأه البائع عن كله بطل حق الحبس لان حق الحبس لاستيفاء الثمن واستيفاء الثمن ولا ثمن محال ولو نقد الثمن كله الا درهما كان له حق حبس المبيع جميعه لاستيفاء الباقي لان المبيع في استحقاق الحبس بالثمن لا يتجزأ فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء من أجزاء الثمن وكذلك لو باع شيئين صفقة واحدة وسمى لكل واحد منهما ثمنا فنقد المشتري حصة أحدهما كان للبائع حبسهما حتى يقبض حق الآخر لما قلنا ولان قبض أحدهما دون الآخر تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض والمشتري لا يملك تفريق الصفقة الواحدة في حق القبول بأن يقبل الايجاب في أحدهما دون الآخر فلا يملك التفريق في حق القبض أيضا لان للقبض شبها بالعقد وكذلك لو أبرأه من حصة أحدهما فله حبس الكل لاستيفاء الباقي لما ذكرنا وكذلك لو باع من اثنين فنقد أحدهما حصته كان له حق حبس المبيع حتى يقبض ما على الآخر وروى عن أبي يوسف رحمه الله في النوادر انه اذا نقد أحدهما نصف الثمن يأخذ نصف المبيع (ووجهه) ان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن فاذا أدى النصف فقد أدى ما وجب عليه فلا معنى لتوقف حقه في قبض المبيع على أداء صاحبه ولانه لو توقف وصاحبه مختار في الاداء قد يؤدي وقد لا يؤدي فيفوت حقه أصلا ورأسا وهذا لا يجوز ولهذا جعل التخلية والتخلي تسليما وقبضا في الشرع على ما ذكرنا فيما تقدم (وجه) ظاهر الرواية على نحو ما ذكرنا ان المبيع في حق الاستحقاق لحبس الثمن لا يحتمل التجزي فكان استحقاق بعضه استحقاق كله وما ذكرنا ان الصفقة واحدة فلا تحتمل التفريق في البعض كما لا تحتمله في القبول فان غاب أحدهما لم يجبر الآخر على تسليم كل الثمن لان الواجب على كل واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يؤاخذ بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك ونقد كل الثمن وقبض المبيع هل يكون متبرعا فيما تقدم ام لا اختلف فيه قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يكون متبرعا فيما نقد وله أن يحبسه عن الشريك الغائب حتى يستوفي ما نقد عنه وقال أبو يوسف رحمه الله هو متبرع في حصته (وجه) قوله ظاهر لانه قضى دين غيره بغير أمره فكان متبرعا كما في سائر الديون ولهما انه قضى دين صاحبه بأمره دلالة فلا يكون متبرعا كما لو قضاه بأمره نصا ودلالة ذلك انه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه ان صاحبه استحق قبض نصيبه من المبيع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول اليه الا بتسليم كل الثمن كان اذنا له بتسليم حصته من الثمن فكان قاضيا دينه بأمره دلالة فلم يكن متطوعا وصار هذا كمن أعار ماله انسانا ليرهنه بدينه فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع على الراهن لان الراهن لما علم انه علق مال الغير بدينه ولا يزول العلوق الا بانفكاكه فكان اذنا له بالفكاك دلالة كذا هذا وله حق حبس العبد الى أن يستوفي ما نقد عنه كما لو نقد بأمره نصا ولو أدى جميع الثمن وقبض العبد ثم هلك في يده قبل الحبس يرجع على شريكه بنصف الثمن لانه أدى عنه بأمره دلالة على ما ذكرنا والله عز وجل أعلم والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لانهما لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ولا حق المطالبة به فكانت الحاجة الى تعيينه بالقبض قائمة فيبقى حق الحبس لاستيفائه (وأما) الحوالة بالثمن فهل تبطل حق الحبس قال أبو يوسف تبطل سواء كانت الحوالة من المشتري بأن أحال المشتري البائع بالثمن على انسان وقبل المحال عليه الحوالة أو من البائع بأن أحال البائع غريما له على المشتري وقال محمد ان كانت الحوالة من المشتري لا تبطل وللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن من المحال عليه وان كانت من البائع فان كانت مطلقة لا تبطل أيضا وان كانت مقيدة بما عليه تبطل فأبو يوسف أراد بقاء الحبس على بقاء الدين في ذمة المشتري وذمته برئت من دين المحيل بالحوالة فيبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقاء حق المطالبة لبقاء حق الحبس وحق المطالبة لم يبطل بحوالة

المشترى ألاترى ان له أن يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس و بطلت حوالة البائع اذا كانت مقيدة بما على المحال عليه فبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد لان حق الحبس فى الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لامع قيام الثمن فى ذاته بدليل أن الثمن اذا كان مؤجلا لا يثبت حق الحبس والثمن فى ذمة المشترى قائم وانما سقطت المطالبة دل ان حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام الثمن فى ذاته وحق المطالبة فى حوالة المشترى وحوالة البائع اذا كانت مطلقة فكان حق الحبس ثابتا وفى حوالة البائع اذا كانت مقيدة ينقطع فلم ينقطع حق الحبس وعلى هذا الخلاف اذا أحال الراهن المرتهن بدينه على رجل أو أحال المرتهن غريماله بدينه على الراهن حوالة مطلقة أومقيدة انه يبطل حق المرتهن فى حق حبس الرهن عند أبى يوسف وعند محمد لا يبطل فى حوالة الراهن وكذا فى حوالة المرتهن اذا كانت مطلقة وان كانت مقيدة تبطل ولو أعار البائع المبيع للمشترى أوأودعه بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه لا يبطل وللبائع أن يسترده (وجه) هذه الرواية ان عقد الاعارة والايداع ليس بعقد لازم فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن اذا أعار الرهن من الراهن أوأودعه اياه له أن يسترده لما قلنا كذا هذا (وجه) ظاهر الرواية ان الاعارة والايداع أمانة فى يد المشترى وهو لا يصلح نائبا عن البائع فى اليد لانه اصل فى الملك فكان أصلا فى اليد فاذا وقعت العارية أو الوديعة فى يده وقعت بجهة الاصالة وهى يد الملك و يد الملك يد لازمة فلا يملك ابطالها بالاسترداد و بخلاف الرهن فان المرتهن فى اليد الثابتة بعقد الرهن بمنزلة الملك فيمكن تحقيق معنى الانابة و يد النيابة لا تكون لازمة فملك الاسترداد ولو قبض المشترى المبيع باذن البائع بطل حق الحبس حتى لا يملك الاسترداد لانه أبطل حقه بالاذن بالقبض ولو قبض بغير اذنه لم يبطل وله أن يسترده لان حق الانسان لا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه ولو كان المشترى تصرف فيه نظر فى ذلك ان كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والرهن والاجارة والامهار فسخه واسترده لانه تعلق به حقه وان كان تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد لا يملك الاسترداد لان الاسترداد والاعادة الى الحبس اما ان كان مع نقض هذه التصرفات واما ان كان مع قيامها لا سبيل الى الاول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض ولا سبيل الى الثانى لانها اذا بقيت كانت الاعادة الى الحبس حبس الجزء من كل وجه أومن وجه دون وجه وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس أصلا ولو نقد المشترى الثمن فوجده البائع زيوفا أوستوقا أومستحقا أووجد بعضه كذلك فهذا لا يخلو اما أن يكون المشترى قبض المبيع واما أن يكون لم يقبض فان كان لم يقبضه كان له حق الحبس فى الفصول كلها لانه تبين انه ما استوفى حقه وان كان قبضه المشترى ينظر ان كان قبضه بغير اذن البائع فللبائع أن يسترده فى الفصول كلها لما قلنا وكذلك ان كان المشترى تصرف فى المبيع فللبائع أن يفسخ تصرفه و يسترد المبيع الا اذا كان تصرفا لا يحتمل الفسخ فلا يفسخ و يطالب المشترى بالثمن فلو نقد المشترى الثمن قبل أن يفسخ التصرف الذى يحتمل الفسخ لا يفسخ لانه لما نقد الثمن فقد بطل حقه فى الحبس فبطل حق الفسخ والاسترداد وان كان قبضه باذن البائع ينظر ان وجده زيوفا فرده لا يملك استرداد المبيع عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر له أن يسترد وهو قول أبى يوسف (وجه) قول زفر أن البائع ما رضى بزوال حق الحبس الا بوصول حقه اليه وحقه فى الثمن السليم لا فى المعيب فاذا وجده معيبا فلم يسلم له حقه فكان له أن يسترد المبيع حتى يستوفى حقه كالراهن اذا قضى دين المرتهن وقبض الرهن ثم ان المرتهن وجد المقبوض زيوفا كان له أن يرده و يسترد الرهن لما قلنا كذا هذا (ولنا) أن البائع يسلم المبيع بعد استيفاء جنس حقه فلا يملك الاسترداد بعد ما استوفى حقه ودلالة ذلك أن الزيوف جنس حقه من حيث الاصل وانما الفائت صفة الجودة بدليل انه لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لانه يكون استبدالا ببدل الصرف والسلم وانه لا يجوز واذا كان المقبوض جنس حقه فتسلم المبيع بعد استيفاء جنس الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لان الارتهان استيفاء حقه من الرهن والافتكاك ايفاء من مال آخر فاذا وجد زيوفا تبين انه ما استوفى حقه

فكان له ولاية الاسترداد والدليل على التفرقة بين الرهن والبيع انه لو أعار المبيع المشترى بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو أعار المرهون الراهن لا يبطل حق الحبس وله أن يسترده فان وجده ستوقا أو رصاصا أو مستحقا وأخذ منه له أن يرد بخلاف الزيوف لان البائع انما أذن للمشترى بالقبض على أنه استوفى حقه وتبين انه لم يستوف أصلا ورأسا لان الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه ألا ترى انه لو تجوز بها فى الصرف والسلم لا يجوز وان كان الاذن بالقبض على تقدير استيفاء الحق وقد تبين انه لم يستوف فتبين انه لم يكن آذناله بالقبض ولا راضيا به فكان له ولاية الاسترداد ولو كان المشترى تصرف فيه فلا سبيل للبائع عليه سواء كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والرهن والاجارة ونحوها أو لا يكون كالاعتاق ونحوه بخلاف ما اذا قبضه بغير اذن البائع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ انه يفسخ ويسترد لان هناك لم يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف فى المبيع ابطالا لحقه فيرد عليه اذا كان محتملا للرد وههنا وجد الاذن بالقبض فكان تصرف المشترى حاصلا عن تسليط البائع فنفذ وبطل حقه فى الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اذا تصرف فيه المشترى انه يبطل حق البائع فى الفسخ الا أن فى البيع الفاسد اذا أجر المبيع تفسخ الاجارة وههنا لا تفسخ لان الاجارة تفسخ بالعذر وقد تحقق العذر فى البيع الفاسد لانه مستحق الفسخ حقا للشرع دفعا للفساد فجعل استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذرا فى فسخ الاجارة ولا فساد ههنا فلا عذر فى الفسخ فلا يفسخ ولو كان مكان البيع كتابة فادى المكاتب بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زيوفا أو مستحقا فالعتق ماض فان وجده ستوقا أو رصاصا لا يعتق لما ذكرنا أن الزيوف من جنس حقه فصار بقبضها قابضا أصل حقه وكذا قبض الدراهم المستحقة وقع صحيحا ظاهرا واحتمال الاجازة بعد ظهور الاستحقاق ثابت أيضا والعتق بعد ثبوته ظاهرا لا يحتمل الفسخ بخلاف ما اذا وجدها ستوقا أو رصاصا لان ذلك ليس من جنس حقه أصلا ورأسا فلم يوجد أداء بدل الكتابة فلا يعتق يحقق الفرق بينهما اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زيوفا أو مستحقا فرد الزيوف أو أخذ المالك المستحقة بر فى يمينه وان وجده ستوقا أو رصاصا حنث فى يمينه والله عز وجل أعلم ولو قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم أفلس أو مات قبل نقد الثمن أو بعد ما نقد منه شيأ وعليه ديون لاناس شتى هل يكون البائع أحق به من سائر الغرماء اختلف فيه قال أصحابنا لا يكون له بل الغرماء كلهم أسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه بينهم بالحصص وقال الشافعى رحمه الله البائع أحق به وان لم يكن قبضه حتى أفلس أو مات فان كان الثمن مؤجلا فهو على هذا الاختلاف وان كان حالا فالبائع أحق به بالاجماع احتج الشافعى بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال اذا أفلس المشترى فوجد البائع متاعه عنده فهو أحق به وهذا نص فى الباب ولان العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشترى بالاجماع فان من باع عبدا فأبق قبل القبض أو غصب أو كانت دابة فضلت للمشترى أن يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبائع أيضا لان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة (ولنا) ما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال من باع بيعا فوجده وقد أفلس الرجل فهو ماله بين غرمائه وهذا نص وهو عين مذهبنا ولان البائع لم يكن له حق حبس المبيع حال كون المشترى حيا مليا فلا يكون أحق ثمنه بعد موته وافلاسه لان الثمن بدل المبيع قائم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير سديد لان بينهما مفارقة فى الاحكام ألا ترى ان ملك المبيع شرط جواز العقد وملك الثمن ليس بشرط فانه لو اشترى شيأ بدراهم لا يملكها جاز ولو باع شيأ لا يملكه لا يجوز وكذا لا يجوز التصرف فى المبيع المنقول قبل القبض والتصرف فى الثمن قبل القبض جائز وغير ذلك من الاحكام فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الاطلاق فاسد والحديث محمول على ما اذا قبض المبيع بغير اذن البائع وعندنا البائع أحق به فى هذه الحالة الا أنه ذكر الافلاس وان كان حق الاسترداد لا يتقيد به لان الملىء يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك فكان ذكر الافلاس مفيدا فحملناه على ما قلنا توفيقا بين الدلائل والله عز وجل الموفق (ومنها) وجوب

الاستبراء فى شراء الجارية وجملة الكلام فيه ان الاستبراء نوعان نوع هو مندوب ونوع هو واجب (أما) المندوب اليه فهو استبراء البائع اذا وطئ جارية وأراد أن يبيعها أو يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله هو واجب (وجه) قوله أنه يحتمل شغل الرحم بماء البائع فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبراء كما فى جانب المشترى (ولنا) أن سبب الوجوب لم يوجد فى حق البائع على ما نذكر والاعتبار بالمشترى غير سديد لان الوجوب عليه لصيانة مائه عن الاختلاط بماء البائع والخلط يحصل بفعل المشترى لا بفعل البائع فتجب الصيانة عليه بالاستبراء لا على البائع الا انه يندب اليه لتوهم اشتغال رحمها بمائه فيكون البيع قبل الاستبراء مباشرة شرط الاختلاط فكان الاستبراء مستحبا وكذا اذا وطئ أمته أو مدبرته أو أم ولده ثم أراد أن يزوجها من غيره يستحب أن لا يفعل حتى يستبرئها لما قلنا واذا زوجها قبل الاستبراء أو بعده فللزوج أن يطأها من غير استبراء وقال محمد رحمه الله أحب الى أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبه عليه وكذلك الرجل اذا رأى امرأة تزنى ثم تزوجها له أن يطأها من غير استبراء وقال محمد أحب الى أن لا يطأها حتى يستبرئها ويعلم فراغ رحمها والله عز وجل أعلم (وأما) الاستبراء الواجب فهو استبراء المشترى وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية بحدوث ملك اليمين مطلقا والكلام فيه فى مواضع فى بيان وجوب هذا النوع من الاستبراء وفى بيان سبب وجوبه وفى بيان ما يقع به الاستبراء (أما) الاول فالاصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والنص الوارد فى السبي يكون واردا فى سائر أسباب الملك دلالة ولان الاستبراء طلب براءة الرحم وانه واجب على المشترى لان به يقع الصيانة عن الخلط والخلط حرام لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره والصيانة عن الحرام تكون واجبة ولا تقع الصيانة الا بالاستبراء فيكون واجبا ضرورة فلا يحل له وطؤها قبل الاستبراء ولا أن يلمسها بشهوة أو ينظر الى فرجها عن شهوة لان كل ذلك داع الى الوطء والوطء اذا حرم حرم بدواعيه كما فى باب الظهار وغيره بخلاف الحائض حيث لم تحرم الدواعى منها لان المحرم هناك ليس هو الوطء بل استعمال الاذى والوطء حرام لغيره وهو استعمال الاذى ولا يجوز ذلك فى الدواعى فلا يجوز والله عز وجل أعلم (وأما) سبب وجوبه فهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا يعنى به ملك الرقبة واليد بأى سبب حدث الملك من الشراء والسبي والصدقة والهبة والارث ونحوها فلا يجب الاستبراء على البائع لانعدام السبب وهو حدوث الحل ويجب على المشترى لوجود سببه سواء كان بائعه ممن يطأ أو ممن لا يطأ كالمرأة والصبي الذى لا يعقل وسواء كانت الجارية بكرا أو ثيبا فى ظاهر الرواية لما قلنا وروى عن أبى يوسف انه اذا علم المشترى انها لم توطأ لا يجب الاستبراء لان الاستبراء طلب براءة الرحم وفراغها عما يشغلها ورحم البكر برية فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراءة والفراغ (والجواب) أن الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا وقد وجد ولا يجب على من حرم عليه فرج أمته بعارض الحيض والنفاس والردة والكتابة والتزويج اذا زالت هذه العوارض بان طهرت وأسلمت وعجزت فطلقها الزوج قبل الدخول بها لان حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين فلم يوجد السبب ولا يجب بشراء جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بان وطئها أبوه أو ابنه أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها لا بشهوة أو كان هو وطئ أمها أو ابنتها أو نظر الى فرجها عن شهوة أو كانت مرتدة أو مجوسية ونحو ذلك من الفروج التى لا تحل بملك اليمين لان فائدة الاستبراء التمكن من الاستمتاع بعد حصول انعدام مانع معين منه وهو اختلاط الماءين والاستبراء فى هذه المواضع لا يفيد التمكن من الاستمتاع لوجود مانع آخر وهو ان المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على العبد والمكاتب والمدبر لانعدام

حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم الملك لهم قال النبي عليه الصلاة والسلام لا يتسرى العبد ولا يسر به مولاه ولا يملك العبد ولا المكاتب شيأ الا الطلاق ولو اشترى جارية من عبده المأذون ينظر ان لم يكن على العبد دين أصلا أو عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه ان يستبرئها اذا كانت حاضت عند العبد ويجتزى بتلك الحيضة لان كسب المأذون الذى لا دين عليه أو عليه دين غير مستغرق ملك المولى فقد حاضت فى ملك نفسه فيجتزى بها عن الاستبراء وان كان عليه دين مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبراء عند أبى حنيفة رحمه الله وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجب عليه بناء على ان المولى لا يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا عنده وعندهما يملكه ولو تبايعا بيعاً صحيحاً ثم تقايلا فان كانت الاقالة قبل القبض فالقياس ان يجب الاستبراء على البائع وهو رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة رحمهما الله وفى الاستحسان لا يجب وهو رواية محمد عن أبى حنيفة رحمهما الله وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ( وجه ) القياس أنه وجد سبب الوجوب فى حقه وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة وانكار الحقائق مكابرة ( وجه ) الاستحسان ان الاقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من الاصل واعادة الى قديم الملك كانه لم يزل عن ملك البائع فلم يوجد السبب مع ما ان الملك قبل القبض غير متأكد والتأكيد اثبات من وجه فلم يتكامل الملك للمشترى فلم يحدث ملك اليمين للبائع على الاطلاق فلم يتكامل السبب وان كانت الاقالة بعد القبض يجب ( أما ) عند أبى يوسف فلان الاقالة بيع جديد فكانت استحداثا للملك مطلقاً ( وأما ) عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وان كانت فسخاً لكن فى حق العاقدين فاما فى حق ثالث فبيع جديد والاستبراء يجب حقاً للشرع فاعتبر حق الشرع ثالثاً فى حق وجوب الاستبراء احتياطاً ولو رد الجارية بعيب أو خيار رؤية يجب الاستبراء على البائع لوجود السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لان خيار الرؤية وخيار العيب لا يمنع ثبوت الملك للمشترى (وأما) الرد بخيار الشرط فينظر فيه ان كان الخيار للبائع فلا يجب الاستبراء بالاجماع لان خياره لا يمنع زوال السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وان كان الخيار للمشترى لا يجب الاستبراء على البائع عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان الرد قبل القبض أو بعده بناء على ان خيار المشترى يمنع دخول السلعة فى ملكه عند أبى حنيفة واذا لم تدخل فى ملك المشترى وان خرجت عن ملك البائع فلا نها لم تخرج وبقيت على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب (وأما) عندهما فان كان الرد قبل القبض فالقياس أن يجب لانها زالت عن ملك البائع ودخلت فى ملك المشترى فاذا ردت عليه فقد وجد سبب الوجوب فى حق البائع وفى الاستحسان لا يجب لان الرد قبل القبض فسخ محض ورفع للعقد من الاصل كانه لم يكن وان كان بعد القبض يجب الاستبراء قياساً واستحساناً لانها دخلت فى ملك المشترى وان كان المبيع فاسداً ففسخ وردت الجارية الى البائع فان كان قبل القبض فلا استبراء على البائع لانها على ملكه فلم يحدث له الحل وان كان بعده فعليه الاستبراء بالاجماع لوجود السبب ولو أسر العدو الجارية ثم عادت الى المالك فان كان قبل الاحراز بدار الحرب فلا استبراء على المالك لانعدام السبب وهو حدوث الحل بحدوث الملك وان كان بعد الاحراز بدارهم وجب لوجود السبب ولو أبقت من دار الاسلام الى دار الحرب وأخذها الكفار ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليه عند أبى حنيفة لانهم لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما عليه الاستبراء لانهم ملكوها لوجود السبب ولو اشترى جارية مع غيره فلا استبراء عليهما لانعدام السبب وهو حدوث الحل اذ لا تحل لاحدهما ولو اشترى جارية ولها زوج فقبضها وطلقها الزوج قبل الدخول بها فلا استبراء على المشترى لانه لم يوجد السبب وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين وقت الشراء لقيام فراش الزوج وبعد زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو ملك اليمين وذكر الكرخى رحمه الله ان على قول أبى يوسف يجب الاستبراء على المشترى ومن هذا استخرجوا لاسقاط الاستبراء حيلة وهى أن يزوج البائع الجارية ممن يجوز له نكاحها ولم يكن تحته حرة ونحو ذلك من الشرائط ثم يبيعها ويسلمها الى

المشترى ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها فتحل للمشترى من غير استبراء وان طلقها الزوج قبل القبض ثم قبضها المشترى لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها وحيلة أخرى لاسقاط الاستبراء أن يزوجها البائع من المشترى قبل الشراء رالمشترى ممن يجوز له نكاحها بان لم يكن تحته حرة ونحو ذلك ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطؤها من غير استبراء وهذا الوجه الثانى أولى لانه يسقط عنه جميع المهر وفى الوجه الاول على الزوج المطلق نصف المهر للبائع فيحتاج الى ابرائه عنه ولو كانت الجارية فى عدة من زوجها عدة طلاق أو عدة وفاة فاشتراها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا استبراء عليه لان قيام العدة بمنزلة قيام النكاح ولو كانت منكوحة فطلقها قبل الدخول بها لم يجب الاستبراء كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخى رحمه الله على قول أبى يوسف يجب الاستبراء فان انقضت عدتها قبل القبض لم يعتد بذلك ولا تحل له حتى يستبرئها بعد القبض بحيضة أخرى فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه يعتد بذلك كما يعتد بالحيضة قبل القبض عنده وعلى هذا يخرج عدم وجوب الاستبراء فى النكاح حتى ان من تزوج جارية فللزوج أن يطأها من غير استبراء لان السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين وقال محمد أحب الى أن يستبرئها بحيضة ولست أوجبها عليه وذكر الكرخى رحمه الله وقال لا استبراء عليه فى قول أبى حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف استبرأها الزوج استحسانا (وجه) قول أبى يوسف ان المعنى الذى له وجب الاستبراء فى ملك اليمين موجود فى ملك النكاح وهو التعرف عن براءة الرحم فوجب الاستبراء فى الملكين ولابى حنيفة ان جواز نكاحها دليل براءة رحمها شرعا فلا حاجة الى التعرف بالاستبراء وما ذكره محمد نوع احتياط وهو حسن وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضت فى يد البائع حيضة أنه لا يجتزى بها فى الاستبراء فى ظاهر الرواية حتى لو قبضها لا تحل له حتى يستبرئها بحيضة أخرى لانه لم يحدث له حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك اليمين على الاطلاق لانعدام اليد وهذا لان الملك قبل القبض غير متأكد والتأكد اثبات من وجه فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبراء وروى عن أبى يوسف أنه يجتزى بها ولا استبراء لان الحيضة قبل القبض تصلح دليلا على فراغ رحمها فحصل المقصود من الاستبراء فيكتفى بها (وأما) بيان ما يقع به الاستبراء فنقول وبالله التوفيق الجارية فى الاصل لا يخلو اما ان كانت ممن تحيض واما ان كانت ممن لا تحيض فان كانت ممن تحيض فاستبراؤها بحيضة واحدة عند عامة العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم وعن معاوية رضى الله عنه ان استبراءها بحيضتين لان الاستبراء أخت العدة وعدتها حيضتان والصحيح قول العامة لما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة والفعلة للمرة والتقدير الشرعى يمنع من الزيادة عليه الا بدليل ولان ما شرع له الاستبراء وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة واحدة فكان ينبغى أن لا يشترط العدد فى باب العدة أيضا الا أنا عرفناه نصا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وان كانت ممن لا تحيض فلا يخلو اما ان كانت لا تحيض لصغر أو لكبر واما ان كانت لا تحيض لعلة وهى الممتد طهرها (واما) ان كانت لا تحيض لحبل فان كانت لا تحيض لصغر أو لكبر فاستبراؤها بشهر واحد لان الاشهر أقيمت مقام الاقراء فى حق الآيسة والصغيرة فى العدة فكذا فى باب الاستبراء وان كانت لا تحيض لعلة فقد اختلفوا فيه قال أبو حنيفة عليه الرحمة لا يطؤها حتى يعلم انها غير حامل ولم يوقت فى ذلك وقتا وقال أبو يوسف يستبرئها بثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد روايتان فى رواية قال يستبرئها بشهرين وخمسة أيام عدة الاماء وفى رواية قال يستبرئها باربعة أشهر وعشر مدة عدة الحرائر وقال زفر يستبرئها بسنتين لان الولد الموجود فى البطن لا يبقى أكثر من سنتين فاذا مضت سنتان ولم يظهر بها حمل علم أنها غير حامل ويحتمل أن يكون هذا تفسير قول أبى حنيفة لا يطؤها حتى يعلم أنها غير حامل وهو اختيار الطحاوى ويحتمل أن يكون ما قاله أبو يوسف تفسيرا لقوله لانها مدة يعلم فيها أنها ليست بحامل لان الحبل يظهر فى مثل هذه المدة لو كان لظهور آثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فيدل عدم الظهور على براءة رحمها وان كانت لا تحيض لحبل بها فاستبراؤها بوضع الحمل بعد القبض

لان وضع الحمل فى الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة فاذا وضعت حملها حل له أن يستمتع بها فيما سوى الجماع مادامت فى نفاسها كما فى الحائض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطؤها حتى يستبرئها ولا يجتزى بوضع الحمل قبل القبض كما يجتزى بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روى عن أبى يوسف يجتزى به كما يجتزى بالحيضة قبل القبض والله عز وجل أعلم ثم ماذكرنا من الحكم الاصلى للبيع وما يجرى مجرى التوابع للحكم الاصلى كما يثبت فى المبيع يثبت فى زوائد المبيع عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا يثبت شئ من ذلك فى الزوائد والكلام فيه مبنى على أصل وهو ان زوائد المبيع مبيعة عندنا سواء كانت منفصلة أو متصلة متولدة من الاصل أو غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب وعنده ليست بمبيعة أصلا وانما تملك بملك الاصل لا بالبيع السابق (وجه) قول الشافعى رحمه الله فى اثبات هذا الاصل ان المبيع ما أضيف اليه البيع ولم توجد الاضافة الى الزوائد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعا ولان المبيع ما يقابله ثمن اذ البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن لان كل الثمن مقابل بالاصل فلم تكن مبيعة كالكسب ولهذا لم تجز الزيادة عنده فى المبيع والثمن (ولنا) ان المبيع ما يثبت فيه الحكم الاصلى للبيع والحكم الاصلى للبيع يثبت فى الزوائد بالبيع السابق فكانت مبيعة وبيان ذلك ان الحكم الاصلى للبيع هو الملك والزوائد مملوكة بلا خلاف والدليل على انها مملوكة بالبيع السابق ان البيع السابق أوجب الملك فى الاصل ومتى ثبت الملك فى الاصل ثبت فى التبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الاصل مضافا الى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعا لثبوت الحكم الاصلى فيها تبعا وعلى هذا الاصل مسائل بيننا وبين الشافعى رحمه الله (منها) ان للبائع حق حبس الزوائد لاستيفاء الثمن كما له حق حبس الاصل عندنا وعنده ليس له أن يحبس الزوائد (ومنها) ان البائع اذا أتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشترى عندنا كما لو أتلف جزأ من المبيع وعنده لا يسقط شئ من الثمن وعليه ضمانها كما لو أتلفها أجنبى ولا خيار للمشترى عند أبى حنيفة وعندهما يثبت على مامر وكذا اذا أتلف الارش أو العقر قبل القبض عندنا لانه بدل الجزء الفائت فكان حكمه حكم الجزء ولو هلكت الزيادة بآفة سماوية لا يسقط شئ من الثمن بالاجماع وان كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعا بمنزلة أطراف الام لا مقصودا والاطراف كالاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن الا ان تصير مقصودة بالفعل من القبض أو الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشترى لان الصفقة لم تتفرق عليه لان العقد ما أضيف اليها وانما يثبت حكم العقد فيها تبعا فلا يثبت الخيار الا فى ولد الجارية اذا هلك قبل القبض بآفة سماوية فانه يثبت الخيار للمشترى لا لهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان فى الام بسبب الولادة وكذا لا خيار بحدوث زيادة ما قبل القبض الا فى ولد الجارية لاجل نقصان الام بالولادة لا لحدوث الزيادة (ومنها) ان المشترى اذا قبض الزوائد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا فيقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطلع المشترى على عيب بالاصل فانه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعنده لا حصة للزيادة من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالاصل يرد بكل الثمن ولا يكون بازاء الزيادة شئ وكذا اذا وجد بالزيادة عيبا يردها بحصتها من الثمن وعنده لا يردها بالعيب أصلا وكذا المشترى اذا أتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لانه صار قابضا له بالاتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ماذكرنا وعنده لا حصة لها من الثمن بحال ولو هلك الاصل وبقيت الزيادة يبقى العقد فى قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن فينقسم الثمن على الاصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الاصل ويبقى بحصة الزيادة بخلاف ما اذا هلك قبل حدوث الزيادة حيث ينفسخ العقد أصلا ورأسا ويسقط كل الثمن لان هناك لا فائدة فى بقاء العقد اذ لو بقى لطلب البائع من المشترى الثمن فيطلب المشترى منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة لانعدام فائدة البقاء واذا بقيت الزيادة كان فى بقاء العقد فى الزيادة فائدة لامكان تسليمها فبقى العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الاصل والزيادة على ماذكرنا وعنده اذا هلك الاصل انفسخ العقد أصلا ورأسا (ومنها)

انه اذا أتلفها أجنبي وضمنها بلا خلاف فالمشترى بالخيار عندنا ان شاء اختار الفسخ و يرجع البائع على الجانى بضمان الجناية وان شاء اختار المبيع واتبع الجانى بالضمان وعليه جميع الثمن كما لو أتلف الاصل وعنده عليه الضمان ولا خيار للمشترى (ومنها) اذا اشترى نخلا بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى أثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكر الحادث لا يطيب الكر وعليه أن يتصدق به عندنا لان الثمر الحادث عندنا زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعا وله عند القبض حصة من الثمن كالغيره من الزوائد والثمر من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربا فيفسد البيع فى الكر الحادث ولا يفسد فى النخل بخلاف ما اذا باع نخلا وكرا من تمر بكر من تمر ان العقد يفسد فى التمر والنخل جميعا لان هناك الربا دخل فى العقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال الربا وهو التمر والتمر مقسوم عليهما فيتحقق الربا وادخال الربا فى العقد يفسد العقد كله وههنا البيع كان صحيحا فى الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع وهو النخل وحده الا انه لما زاد بعد العقد صار مبيعا فى حال البقاء لا بصنعهما فيفسد فى الكر الحادث و يقتصر الفساد عليه (ومنها) اذا اشترى عبدا بألف درهم يساوى ألفين فقتل قبل القبض فاختار البيع واتباع الجانى فأخذ قيمته ألفين يتصدق بالالف الزائد عندنا لانه ربح ما لم يضمن وعنده لا يتصدق بشئ والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا غصب كر حنطة فابتلت فى يد الغاصب وانتفخت حتى صارت كرا ونصف كر ضمن للمالك كرا مثله فانه يملك ذلك الكر ونصف الكر عندنا لكن يتصدق بنصف الكر الزائد وطاب له ما بقى لان الملك عندنا يثبت من وقت الغصب بالضمان والزيادة بالانتفاخ حصلت بعد ذلك فتعتبر بالزيادة المتولدة وعند الشافعى رحمه الله فى هذا الفصل يرد الكل لان المضمونات عنده لا تملك بالضمان (ومنها) ان الزوائد الحادثة بعد القبض مبيعة أيضا عندنا حتى لو وجد المشترى بالاصل عيبا فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب و بسائر أسباب الفسخ على ما نذكره فى خيار العيب فى بيان الاسباب المانعة من الرد بالعيب ان شاء الله تعالى وعنده ليست بمبيعة فى أى حال حدثت ولا تمنع رد الاصل بالعيب بكل الثمن ولو اشترى أرضا فيها أشجار مثمرة فان كان عليها ثمر وسماه حتى دخل فى البيع فالثمر له حصة من الثمن بلا خلاف حتى لو كانت قيمة الارض خمسمائة وقيمة الشجر خمسمائة وقيمة الثمر كذلك فان الثمن يقسم على الكل أثلاثا بالاجماع لان الكل معقود عليه مقصود الورود فعل العقد على الكل فان كان للثمر حصة من الثمن حتى لو هلك بآفة سماوية أو بفعل البائع بأن أكله يسقط عن المشترى ثلث الثمن وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلثى الثمن وان شاء ترك لان الثمر لما كان مبيعا مقصودا أهلا كه تفرقت الصفقة على المشترى قبل التمام فيثبت الخيار وان لم يكن الثمر موجودا وقت العقد وحدث بعده قبل القبض فأكله البائع فقد صار له حصة من الثمن عندنا لصيرورته مبيعا مقصودا بالاتلاف على ما بينا لكن الكلام فى كيفية أخذ الحصة فاختلف أصحابنا فيها قال أبو حنيفة ومحمد يأخذ الحصة من الشجر والارض جميعا فيقسم الثمن على الشجر والارض والثمر أثلاثا فيسقط ثلث الثمن باتلاف البائع وقال أبو يوسف يأخذ الحصة من الشجر خاصة فيقسم الثمن على قيمة الارض والشجر ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه يوم العقد وعلى قيمة الثمر يوم الاتلاف فيسقط بيانه اذا كانت قيمة الارض ألفا وقيمة الاشجار ألفا وقيمة الثمر كذلك فأكل البائع الثمر قبل القبض يسقط عن المشترى ثلث الثمن عندهما و يأخذ الارض والاشجار بثلثى الثمن ولا خيار له عند أبى حنيفة خاصة وعند محمد له الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلثى القيمة وان شاء ترك وعند أبى يوسف يسقط عن المشترى ربع الثمن فيقسم الثمن على الاشجار والارض نصفين ثم ما أصاب الشجر يقسم عليه وعلى الثمر نصفين فكان حصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك كله وله الخيار ان شاء أخذ الارض والشجر بثلاثة أرباع الثمن وان شاء ترك (وجه) قول أبى يوسف ان الثمر تابع للشجر لان الثمر متولد منها فيأخذ الحصة منها كما لو اشترى جارية مع ولدها فولدت مع ولدها ولدا آخر فالولد الثانى يكون له حصة من الولد الاول ولهما ان الشجر تابع للارض فى البيع بدليل انه يدخل فى الارض من غير تسمية ولو هلكت بعد ما دخلت قبل القبض

لا يسقط شئ من الثمن دل انها تابعة وما كان تابعاً لغيره فى حكم لا يستتبع غيره فى ذلك الحكم فكان نظير مسئلتنا مالو شترى جارية فولدت ولداً قبل القبض ثم ولد ولدها ولداً الا يكون للولد الثانى حصة من الولد الاول لان الاول فى نفسه تابع فلا يستتبع غيره كذا ههنا والله عز وجل أعلم ويتصل بما ذكرنا الزيادة فى المبيع والثمن والحط عن الثمن والكلام فيهما فى ثلاثة مواضع أحدها فى أصل الجواز انهما جائزان أم لا والثانى فى شرائط الجواز والثالث فى كيفية الجواز (اما) الاول فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا الثلاثة الزيادة فى المبيع والثمن جائزة مبيعاً وثمناً كأن العقد ورد على المزيد عليه والزيادة جميعاً من الابتداء وقال زفر لا تجوز الزيادة مبيعاً وثمناً ولكن تكون هبة مبتدأة فان قبضها صارت ملكاله والا تبطل وأظهر أقوال الشافعى رحمه الله مثل قولنا ان كان فى مجلس العقد وان كان بعد الافتراق فقوله مثل قول زفر وصورة المسئلة اذا اشترى رجل عبداً بألف درهم وقال المشترى زدتك خمسمائة أخرى ثمناً وقبل البائع أو قال البائع زدتك هذا العبد الآخر أو قال هذا الثوب مبيعاً وقبل المشترى جازت الزيادة كان الثمن فى الاصل ألف وخمسمائة والمبيع فى الاصل عبدان أو عبد وثوب سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده وكذلك اذا اشترى عبدين بألف درهم ثم زاد المشترى فى الثمن مائة درهم جازت الزيادة كان الثمن فى الاصل ألف ومائة تنقسم الزيادة على قيمتهما وكذلك لو كان لعبد ثمن مسمى أو كان لكل واحد منهما ثمن مسمى وزاد المشترى فى الثمن مائة مطلقاً انقسمت الزيادة على قدر القيمتين وعلى هذا الخلاف الزيادة فى القيمتين من الوارثين بعد موت العاقدين لان الوارث خلف المورث فى ملكه القائم بعد موته ألا ترى انه يرد بالعيب ويرد عليه كان الوارث حى قائم فزاد وعلى هذا الخلاف الزيادة من الوكيل لانه يتصرف بتولية مستفادة من قبل الموكل وأما الزيادة من الاجنبى فلا شك ان عندهما لا تجوز وأما عندنا فان زاد بامر العاقد جاز لانه وكيله فى الزيادة وان زاد بغير أمره وقفت الزيادة على اجزته ان أجاز جازت وان رد بطلت الا أن يضمن الزائد الزيادة فيجوز ولا يتوقف على اجازة العاقد وان لم يحصل للاجنبى بمقابلة الزيادة شئ وعلى هذا قالوا فيمن اشترى عبدا بألف درهم على أن خمسمائة سوى الالف على رجل ضمنه وقبل فالعبد للمشترى والخمسمائة على الثالث من غير أن يستحق شيأ بالخمسمائة وذكر فى الجامع الصغير اذا قال الرجل بع هذه الدار من فلان بألف درهم على انى ضامن لك من الثمن خمسمائة ان البيع على هذا الشرط صحيح والخمسمائة على الاجنبى ولو قال على انى ضامن لك خمسمائة ولم يقل من الثمن كان باطلا لا يلزمه شئ وعلى هذا الخلاف الزيادة فى المهر المسمى فى النكاح وأما الزيادة فى المنكوحة بالمهر الاول فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة فى رأس مال السلم وأما الزيادة فى المسلم فيه فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة فى الرهن وأما الزيادة فى الدين فلا تجوز عند أبى حنيفة ومحمد استحساناً وعند أبى يوسف جائز قياساً والفرق لابى حنيفة ومحمد بين الزيادة فى الرهن وبين الزيادة فى الدين نذكره فى كتاب الرهن وعلى هذا الخلاف حط بعض الثمن انه جائز عندنا ويلتحق بأصل العقد والثمن هذا القدر من الابتداء حتى ان المبيع اذا كان دارا فالشفيع يأخذها بالشفعة بما بقى بعد الحط وعندهما هو هبة مبتدأة الا أن قيام الدين عليه أو كونه قابلا لاستئناف العقد ليس بشرط لصحة الحط بلا خلاف بين أصحابنا وفى الزيادة خلاف نذكره ان شاء الله تعالى (وجه) قول زفر والشافعى رحمهما الله ان الثمن والمبيع من الاسماء الاضافية المتقابلة فلا يتصور مبيع بلا ثمن ولا ثمن بلا مبيع فالقول بجواز المبيع والثمن مبيعاً وثمناً قول بوجود المبيع ولا ثمن والثمن ولا مبيع لان المبيع اسم لمال يقابل ملك المشترى وهو الثمن والثمن اسم لمال يقابل ملك البائع وهو المبيع فالزيادة من البائع لو صحت مبيعا لا تقابل ملك المشترى بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو صحت من المشترى ثمنا لا تقابل ملك البائع بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع فلا تكون الزيادة مبيعا وثمنا لانعدام حقيقة المبيع والثمن فيجعل منه هبة مبتدأة ولان كل المبيع لما صار مقابلا بكل الثمن وكل الثمن مقابل بكل المبيع فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله فكانت فضل مال خال عن العوض فى عقد المعاوضة وهذا تفسير الربا (ولنا)

فى

فى الزيادة فى المهر قوله تعالى فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى من بعد تلك الفريضة لان النكرة اذا أعيدت معرفة يراد بالثانى غير الاول أمر الله سبحانه وتعالى بايتاء المهور المسماة فى النكاح وأزال الجناح فى الزيادة على المسمى لان ما يتراضاه الزوجان بعد التسمية هو الزيادة فى المهر فيدل على جواز الزيادة وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال للوازن زن وأرجح فانا معاشر الانبياء هكذا نزن وهذا زيادة فى الثمن وقد ندب عليه الصلاة والسلام اليها بالقول والفعل وأقل أحوال المندوب اليه الجواز وروى عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال المسلمون عند شروطهم فظاهره يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط الا ما خص بدليل لانه يقتضى أن يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك اذا لزمه الوفاء به وانما يلزمه اذا صحت الزيادة مبيعا وثمنا فاما اذا كانت هبة مبتدأة فلا يلزمه الوفاء لان العاقدين أوقعا الزيادة مبيعا وثمنا كما لو تبايعا ابتداء وهذا لان الاصل ان تصرف الانسان يقع على الوجه الذى أوقعه اذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه وقد وجد وقولهما ان الثمن اسم لمال يقابل ملك البائع والمبيع اسم لمال يقابل ملك المشترى قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لما أزال المشترى ملكه ويده عنه بمقابلة مال أزال البائع ملكه ويده عنه فيملك كل واحد منهما المال الذى كان ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعا على ما عرف ثم نقول ما ذكراه حد المبيع والثمن بطريق الحقيقة والزيادة فى المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة لان الربح حقيقة ما يملك بعقد المعاوضة لا بمقابلة ما هو مال حقيقة بل من حيث الصورة والتسمية والزيادة ههنا كذلك فكانت ربحا حقيقة فكان من شرطها أن لا تكون مقابلة بملك البائع الا تسمية وشرط الشئ كيف يمنع صحته على انه أمكن تحقيق معنى المقابلة والزيادة لان الموجب الاصلى فى البيع هو قيمة المبيع وهو ماليته لان البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفا وحقيقة والمقابلة عند التساوى فى المالية ولهذا لو فسدت التسمية تجب القيمة عندنا والثمن تقدير لمالية المبيع باتفاق العاقدين واذا زاد فى المبيع أو الثمن علم أنهما أخطأ فى التقدير وغلطا فيه وما هو الموجب الاصلى قد ثبت بالبيع فاذا بينا التقدير كان ذلك بيانا للموجب الاصلى الا أنه ابتداء ايجاب فكان عوضا عن ملك العين لا عن ملك نفسه وهذا الكلام فى المهر أغلب لان الموجب الاصلى فيه هو مهر المثل على ما عرفت على أنه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة مع بقاء العقد على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بأن يجعل الالف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن فتجعل الالف الزيادة بمقابلة النصف الخالى وهذا وان كان تغييرا ولكنهما قصدا تصحيح التصرف ولا صحة الا بالتغيير ولهما ولاية التغيير ألا ترى ان لهما ولاية الفسخ وانه فوق التغيير لان الفسخ رفع الاصل والوصف والتغيير تبديل الوصف مع بقاء أصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير أولى ولهما حاجة الى التغيير لدفع الغبن أو لمقصود آخر فمتى اتفقا على الزيادة وقصدا الصحة ولا صحة الا بهذا الشرط يثبت هذا الشرط مقتضى تصرفهما تصحيحا له كما فى قول الرجل لغيره أعتق عبدك عنى بألف درهم وأما شرائط الجواز فمنها القبول من الآخر حتى لو زاد أحدهما ولم يقبل الآخر لم تصح الزيادة (ومنها) المجلس حتى لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة لان الزيادة فى المبيع والثمن ايجاب البيع فيهما فلا بد من القبول فى المجلس كما فى أصل الثمن والمبيع وأما الحط فلا يشترط له المجلس ولا القبول لانه تصرف فى الثمن بالاسقاط والابراء عن بعضه فيصح من غير قبول الا أنه يرتد بالرد كالابراء عن الثمن كله وأما كون الزيادة والمزيد عليه من غير أموال الربا فهل هو شرط لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا كون الحط من غير أموال الربا هل هو شرط لصحته حطا وهل يؤثران فى فساد العقد على قول أبى حنيفة ليس بشرط ويؤثران فيه وعلى قول أبى يوسف شرط فيبطلان ولا يؤثران فى العقد وعلى قول محمد شرط فى الزيادة لا فى الحط على ما نذكر ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة سواء كانت قبل قبض المبيع والثمن أو بعده وكذلك الحط لان دليل جواز الزيادة والحط لا يوجب الفصل وأما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة الزيادة ذكر فى الجامع الكبير انه

شرط ولم يذكر الخلاف وروى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة رحمهم الله في غير رواية الاصول انه ليس بشرط عنده حتى لو هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أعتقه أو دبره أو استولدها أو كان عصيرا فتخمر أو أخرجه المشتري عن ملكه جازت الزيادة عنده وعندهما لا تجوز (وجه) قولهما ان الزيادة تصرف في العقد بالتغيير والعقد منعدم حقيقة الا أنه يعطى له حكم القيام لقيام أثره وهو الملك ولم يبق بهلاك العين حقيقة أو حكما فلم يبق العقد حقيقة وحكما فلا يحتمل التغيير بالزيادة لان الزيادة تثبت عندنا بطريق الاستناد والمستند يثبت للحال ثم يستند فلا بد وأن يجعل شيأ من المبيع بمقابلة الزيادة للحال ولا يتصور ذلك بعد هلاك المبيع فلا يحتمل الاستناد ولان الزيادة لا بد وأن يكون لها حصة ولا يتحقق ذلك بعد الهلاك ولابي حنيفة ماذكرنا ان الزيادة في الثمن والمبيع لا تستدعى المقابلة لانها ربح في الحقيقة وان كانت مبيعا وثمنا صورة وتسمية ومن شأن الربح أن لا يقابله شيء فلا يكون قيام المبيع شرطا لصحتها وقوله العقد منعدم عند الزيادة قلنا الزيادة عندنا تجعل كالموجود عند العقد والعقد عند وجوده يحتمل التغيير ان كانت الزيادة تغييرا على انا لا نسلم ان قيام المبيع شرط لبقاء البيع فان البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانتقاض في الجملة بالرد بالعيب فان المشتري اذا اطلع على عيب كان به قبل الهلاك يرجع عليه بالنقصان والرجوع بالنقصان فسخ للبيع في قدر الفائت بالعيب بعد هلاكه وهلاك جميع المعقود عليه دل ان العقد يجوز أن يبقى بعد هلاك المعقود عليه في الجملة اذا كان في بقائه فائدة وههنا في بقائه فائدة فيبقى في حقه كما في حق الرجوع بنقصان العيب وعلى هذا الخلاف الزيادة في مهر المرأة بعد موتها انها جائزة عندنا وعنده لا تجوز ولو اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم مات أحدهما ثم زاد أحدهما صاحبه جازت الزيادة عند أبي حنيفة وأبي يوسف أما عند أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لان هلاك المبيع عنده لا يمنع الزيادة وأما عند أبي يوسف فلانهما تبايعا عينا بعين والعقد عنده اذا وقع على عين بعين فهلاك أحد العينين لا يمنع صحة الاقالة فلا يمنع صحة الزيادة ولو كان المبيع قائما لكن قطع رجل يده عند المشتري فاخذ ارشها ثم زاد المشتري في الثمن شيأ جازت الزيادة (أما) عند أبي حنيفة فظاهر لان هلاك جميع المعقود عليه لا يمنع الزيادة فهلاك البعض أولى (وأما) عندهما فلان المعقود عليه قائم فكان العقد قائما فكان محتملا للتغيير بالزيادة ولو رهن المبيع أو آجره ثم زاد المشتري في الثمن جازت الزيادة بلا خلاف بين أصحابنا على اختلاف الاصلين على ماذكرنا وقال محمد لو اشترى جارية وقبضها فماتت في يده وزاد البائع المشتري جارية أخرى فالزيادة جائزة لان زيادة المبيع تثبت بمقابلة الثمن والثمن قائم ولو زاد المشتري البائع لم يجز لان زيادة الثمن تثبت مقابلة بالمبيع وأنه هالك وهذا على قياس قولهما ان قيام المبيع شرط لجواز الزيادة فهلاكه يكون مانعا أما على أصل أبي حنيفة فالزيادة في الحالين جائزة لان قيام المبيع عنده ليس بشرط لصحة الزياة فلا يكون هلاكه مانعا والله عز وجل أعلم (وأما) قيام المعقود عليه فليس بشرط لصحة الحط بالاجماع (أما) عند أبي حنيفة فظاهر لانه ليس بشرط لصحة الزيادة فالحط أولى (وأما) عندهما فلانه ليس من شرط صحة الحط أن يلتحق باصل العقد لا محالة ألا ترى أنه يصح الحط عن جميع الثمن فلا يلتحق اذ لو التحق لعرى العقد عن الثمن فلم يلتحق واعتبر حطا للحال ولان الحط ليس تصرف مقابلة ليشترط له قيام المحل القابل بل هو تصرف في الثمن باسقاط شطره فلا يراعى له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة فلذلك اختلفا ثم الزيادة مع الحط يختلفان في حكم آخر وهو ان الزيادة تنقسم على قدر قيمة المبيع والحط لا ينقسم كما لو اشترى عبدين من رجل بالف درهم وزاده المشتري مائة درهم فان الزيادة تنقسم على قدر قيمتهما سواء اشترى ولم يسم لكل واحد منهما ثمنا أو سمى وان حط البائع عن المشتري مائة درهم كان الحط نصفين وانما كان كذلك لان الثمن يقابل المبيع فاذا زاد في ثمن المبيعين مطلقا فلا بد وان تقابلهما الزيادة كأصل الثمن والمقابلة في غير أموال الربا تقتضي الانقسام من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمزاحمة كمقابلة أصل الثمن على ما بينا فيما تقدم بخلاف الحط فانه لا تعلق له بالمبيع لانه تصرف في المبيع خاصة باسقاط بعضه فاذا حط من ثمنهما مطلقا فقد سوى بينهما في الحط فكان الحط بينهما نصفين وان كان

ثمن أحدهما أكثر ولا يلتفت الى زيادة قدر الثمن لان الحط غير مقابل بالثمن حتى تعتبر قيمة القدر والله عز وجل أعلم ( وأما ) كيفية الجواز فالزيادة فى المبيع والثمن عندنا تلتحق باصل العقد كان العقد من الابتداء ورد على الاصل والزيادة جميعاً اذا لم يتضمن الالتحاق فساد أصل العقد بلا خلاف بين أصحابنا وكذلك الحط فاما اذا تضمن ذلك بأن كانت الزيادة فى الاموال الربوية فهل يلتحق به ويفسده أم لا يلتحق به وكذلك الحط اختلف أصحابنا فى ذلك قال أبو حنيفة رضى الله عنه الزيادة والحط يلتحقان باصل العقد ويفسدانه وقال أبو يوسف يبطلانه ولا يلتحقان باصل وأصل العقد صحيح على حاله وقال محمد الزيادة باطلة والعقد على حاله والحط جائز هبة مبتدأة وهذا بناء على أصل ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتأخر عن العقد الصحيح اذا ألحق به هل يلتحق به ويؤثر فى فساده أم لا وهو على الاختلاف الذى ذكرنا ان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متأخر عن العقد الصحيح ألحق به فابو يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط فى أموال الربا لان ذلك لو صح لالتحق باصل العقد ولو التحق باصل العقد لاوجب فساد أصل العقد لتحقق الربا فلم يصح فبقى أصل العقد صحيحاً كما كان ومحمد يقول لا تصح الزيادة لما قاله أبو يوسف فلم تؤثر فى أصل العقد فبقى على حاله ويصح الحط لان الالتحاق من لوازم الزيادة فاما ما ليس من لوازم الزيادة فلا يصح الحط على ماذكرنا فيما تقدم وأبو حنيفة يقول الزيادة والحط صحيحان زيادة وحطا لان العاقدين أوقعاهما زيادة وحطا ولهما ولاية ذلك فيقعان زيادة وحطا ومن شأن الزيادة والحط الالتحاق بأصل العقد فيلتحقان به فكانت الزيادة والحط ههنا ابطالا للعقد السابق ولهما ولاية الابطال بالفسخ وكذا بالزيادة والحط والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الذى فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة أنواع الخيارات فنقول وبالله التوفيق الخيارات نوعان نوع يثبت شرطا ونوع يثبت شرعا لا شرطا والشرط لا يخلو اما أن يثبت نصا واما أن يثبت دلالة (اما) الخيار الثابت بالشرط فنوعان أحدهما يسمى خيار التعيين والثانى خيار الشرط ( اما ) خيار التعيين فالكلام فيه فى جواز البيع الذى فيه خيار التعيين قد ذكرناه فى موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان حكم هذا البيع والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل به الخيار بعد ثبوته ويلزم (اما) الاول فحكمه ثبوت الملك للمشترى فى أحد المذكورين غير عين وخيار التعيين اليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البائع بعت منك أحد هذين الثوبين أو هذين العبدين أو الدابتين أو غيرهما من الاشياء المتفاوتة على أن تأخذ أيهما شئت وقبل المشترى وهذا يوجب ثبوت الملك للمشترى فى أحدهما وثبوت خيار التعيين له والآخر يكون ملك البائع أمانة فى يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان أمانة وليس للمشترى أن يأخذهما جميعا لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع لانه يحتمل أن يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل أن يكون غيره فلا يبطل والبيع قد صح بيقين ووقع الشك فى بطلانه فلا يبطل بالشك ولكن المشترى بالخيار ان شاء أخذ الباقى بثمنه وان شاء ترك لان المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فيوجب الخيار وكذلك لو كان اشترى أحد الاثواب الثلاثة فهلك واحد منها وبقى اثنان لا يبطل البيع لما قلنا وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء لان المالك اذا لم يعين المبيع كان المبيع أحد الباقين فكان له أن يأخذ أيهما شاء وله أن يتركهما كما لو اشترى أحدهما من الابتداء ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشترى أن يردهما جميعا لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لان جواز هذا النوع من البيع انما ثبت بتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك لما بينا فيما تقدم ولا تنعدم حاجتهم الا بعد اللزوم لانه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج الى ردهما (وأما) بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فى الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان أحدهما صريح الاختيار وما يجرى مجرى الصريح والثانى الاختيار من طريق الدلالة (اما) الصريح فهو ان يقول

اخترت هذا الثوب أو شئته أو رضيت به أو اخترته وما يجرى هذا المجرى لانه لما اختار أحدهما فقد عين ملكه فيه فيسقط خيار التعيين ولزم البيع (وأما) الاختيار من طريق الدلالة فهو أن يوجد منه فعل فى أحدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو دليل اختيار الملك فى الشراء بشرط الخيار وسنذكر ذلك فى البيع بشرط الخيار ان شاء الله تعالى ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف ان تعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لانه تبين انه تصرف فى ملك غيره وان تعين ما تصرف فيه للامانة نفذ تصرفه لانه ظهر انه تصرف فى ملك نفسه فينفذ (واما) الضرورى فنحو أن يهلك أحدهما بعد القبض فيبطل الخيار لان الهالك منهما تعين للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة لان أحدهما مبيع والآخر أمانة والامانة منهما مستحق الرد على البائع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فيه فتعين الباقى للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة ولو هلكا جميعا قبل القبض فلا يخلو اما ان هلكا على التعاقب واما ان هلكا معا فان هلكا على التعاقب فالاول يهلك مبيعا والآخر أمانة لما ذكرنا وان هلكا معا لزمه ثمن نصف كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر فشاع البيع فيهما جميعا ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا فى ترتيب الهلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فائدة فى هذا الاختلاف لان أيهما هلك أولا فثمن الآخر مثله فلا يفيد الاختلاف وان كان متفاوتا بان كان ثمن أحدهما أكثر فادعى البائع هلاك أكثرهما ثمنا وادعى المشترى هلاك أقلهما ثمنا كان أبو يوسف أولا يقول يتحالفان وأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا جميعا يجعل كأنهما هلكا معا ويلزمه ثمن نصف كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشترى مع يمينه وهو قول محمد لانهما اتفقا على أصل الدين واختلفا فى قدره والاصل ان الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المديون فى قدر الدين أو فى جنسه أو نوعه أو صفته كان القول قول المديون مع يمينه لان صاحب الدين يدعى عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه لانه صاحب الدين وأيهما أقام البينة قبلت بينته وسقطت اليمين وان أقاما البينة فالبينة بينة البائع لانها تظهر زيادة ولو تعيب أحدهما فان كان قبل القبض لا يتعين المعيب للبيع لان التعيين لم يوجد لا نصا ولا دلالة ولا ضرورة الى التعيين أيضا لامكان الرد والمشترى على خياره وان شاء أخذ المعيب منهما وان شاء أخذ الآخر وان شاء تركهما كما لو لم يتعيب أصلا فان أخذ المعيب منهما أخذه بجميع ثمنه لانه تبين انه هو المبيع من الاصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشترى على خياره لما قلنا وان كان بعد القبض تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الآخر للامانة كما اذا هلك أحدهما بعد القبض لان تعيب المبيع هلاك بعضه فلهذا منع الرد ولزم البيع فى المبيع المعين فكذا فى غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب تعين الاول للبيع ولزمه ثمنه ويرد الآخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيأ لما قلنا انه أمانة وان تعيبا معا لا يتعين أحدهما للبيع لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر وللمشترى أن يأخذ أيهما شاء بثمنه لانه اذا لم يتعين أحدهما للبيع بقى المشترى على خياره الا انه ليس له أن يردهما جميعا لان البيع قد لزم فى أحدهما بتعيبهما فى يد المشترى وبطل خيار الشرط وهذا يؤيد قول من يقول من المشايخ ان هذا البيع فيه خياران خيار التعيين وخيار الشرط ولا بد له من رتبة معلومة اذ لو لم يكن لملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب أحدهما أصلا لكنه لم يملك لان ردهما جميعا قبل التعيب ثبت حكما لخيار الشرط وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معا فلم يملك ردهما وبقى خيار التعيين فيملك رد أحدهما ولو ازداد عيب أحدهما أو حدث معه غيره لزمه ذلك لان عدم التعيين للمزاحمة وقد بطلت بزيادة عيب أحدهما أو حدوث عيب آخر معه ولا يبطل هذا الخيار بموت المشترى بل يورث بخلاف خيار الشرط لان خيار التعيين انما يثبت للمورث لثبوت الملك له فى أحدهما غير عين وقد قام الوارث مقامه فى ذلك الملك فله ان يختار أيهما شاء دون الآخر الا انه ليس له أن يردهما جميعا وقد كان للمورث ذلك وهذا يؤيد قول أولئك المشايخ انه لا بد من خيارين فى هذا البيع وقد بطل أحدهما وهو خيار الشرط بالموت لانه لا يورث على أصل أصحابنا فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعا هذا اذا اشترى أحدهما شراء صحيحا

(فاما)

(فاما) اذا اشترى أحدهما شراء فاسدا بأن قال البائع بعت منك أحد هذين العبدين بكذا ولم يذكر الخيار أصلا فان المشترى لا يملك واحدا منهما قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك أحدهما ملكا فاسدا وأيهما هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلكا فان كان على التعاقب لزمته قيمة الهالك الاول لانه تعين للبيع وانه بيع فاسد فيفيد الملك بالقيمة وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بتعيينه للبيع أولى من الآخر فشاع البيع فيهما ولو تعيب أحدهما فعليه أن يردهما جميعا اما غير المعيب فلانه أمانة وأما المعيب فلانه تعين للبيع والمشترى شراء فاسدا واجب الرد فيردهما ويرد معهما نصف نقصان العيب لان المتعيب يحتمل أن يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل أن يكون هو الامانة فلا يجب شئ ولا دلالة على التعيين فيتنصف الواجب ولو تعيب الآخر بعد ذلك وكذا الجواب فى نقصان الآخر لان أحدهما أمانة والآخر مضمون بالقيمة ولو تعيبا معا فكذلك يردهما مع نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما ليس بأولى من الآخر فى التعيين للبيع ولو تصرف المشترى فى أحدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز تصرفه فى الآخر بعد ذلك لان المتصرف فيه تعين للبيع ولو تصرف البائع فى أحدهما فتصرفه موقوف ان رد ذلك عليه نفذ تصرفه فيه لانه تبين انه تصرف فى ملك نفسه وان لم يرد عليه وتصرف فيه المشترى نفذ تصرفه فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البائع فيه وكذلك اذا هلك فى يد المشترى والاصل ان فى كل موضع يلزم المشترى الثمن فى البيع الصحيح تلزمه القيمة فى البيع الفاسد والله عز وجل أعلم هذا اذا كان الخيار للمشترى أما اذا كان الخيار للبائع فلا يزول أحدهما عن ملكه بنفس البيع وله أن يلزم المشترى أى ثوب شاء قبضه للخيار وليس للمشترى خيار الترك لان البيع بات فى جانبه وللبائع أن يفسخ البيع لانه غير لازم وليس للبائع أن يلزمهما المشترى لان المبيع أحدهما ولو هلك أحدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك أمانة لما ذكرنا فى خيار المشترى وخيار البائع على حاله ان شاء ألزم المشترى الباقى منهما لانه تعين للبيع وان شاء فسخ البيع فيه لانه غير لازم وليس له أن يلزمه الهالك لانه هلك أمانة وان هلكا جميعا قبل القبض بطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين وان هلك أحدهما بعد القبض كان الهالك أمانة أيضا كما لو هلك قبل القبض والزمه الباقى منهما ان شاء وان شاء فسخ البيع فيه لان خيار البائع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البائع وله الخيار لما قلنا وان هلكا جميعا فان كان هلاكهما على التعاقب فالاول يهلك أمانة وعليه قيمة آخرهما هلاكا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك فى يد المشترى وفيه خيار للبائع فتجب قيمته وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما لانه ليس أحدهما بالتعيين أولى من الآخر ولو تعيب أحدهما أو تعيبا معا قبل القبض أو بعده فخيار البائع على حاله لان المعيب لم يتعين للعيب لانعدام المعين فكان البائع على خياره له أن يلزم المشترى أيهما شاء كما قبل التعيب ثم اذا ألزمه أحدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب منهما ألزمه ما ألزمه ولا خيار للمشترى فى تركه لانعدام التعيين فيه وان كان ما ألزمه هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشترى بالخيار لان المبيع قد تغير قبل القبض وتغير المبيع قبل القبض يوجب الخيار للمشترى وان تعيب بعد القبض فلا خيار له لان التعيين بعد القبض لا يثبت الخيار وان شاء البائع فسخ البيع واستردهما لان البيع غير لازم فله ولاية الفسخ ثم ينظر ان كان تعيبهما فى يد البائع فلا شئ له لانهما تعيبا لا فى ضمان المشترى وان كان تعيبهما فى يد المشترى فللبائع أن يأخذ من المشترى نصف نقصان كل واحد منهما لان أحدهما مضمون عنده بالقيمة والآخر عنده أمانة ولا يعلم أحدهما من الآخر ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيهما أو فى أحدهما لان أحدهما ليس بمبيع بيقين والآخر مبيع لكن لبائعه فيه خيار وخيار البائع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف البائع فى أحدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الآخر للبيع وله خيار الالزام فيه والفسخ ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان تصرفه فيهما دليل اقرار الملك فيهما فيضمن فسخ البيع كما فى المبيع المعين والله عز وجل أعلم (واما) خيار الشرط فالكلام فى جواز البيع بشرط الخيار

وشرائطه قدمر فى موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان صفة هذا البيع والى بيان حكمه والى بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع والى بيان ما ينفسخ به البيع (اما) صفته فهى انه بيع غير لازم لان الخيار يمنع لزوم الصفقة قال سيدنا عمر رضى الله عنه البيع صفقة أو خيار ولان الخيار هو التخيير بين البيع والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الرؤية ثم الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة لان الثابت بنفس البيع ملك غير متأكد وانما التأكد بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء انه ليس لمن له الخيار أن يجيز البيع فى البعض دون البعض من غير رضا الآخر سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى وسواء كان البيع مقبوضاً أو غير مقبوض لان الاجازة فى البعض دون البعض تفريق الصفقة فى اللزوم وكما لا يجوز تفريق أصل الصفقة وهو الايجاب والقبول الا برضا العاقدين بان يقبل البيع فى بعض المبيع دون البعض بعد اضافة الايجاب والقبول الى الجملة و يوجب البيع بعد اضافة القبول الى جملته لا يجوز فى وصفها وهو ان يلزم البيع فى البعض دون البعض الا برضاهما ولو هلك أحد العبدين فى يد البائع والخيار له لم يكن له أن يجيز البيع فى الباقى الا برضا المشترى لان البيع انفسخ فى قدر الهالك فالاجازة فى الباقى تكون تفريق الصفقة على المشترى فلا يجوز من غير رضاه ولو هلك أحدهما فى يد المشترى فللبائع أن يجيز البيع فى الباقى فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ينتقض البيع وليس له أن يجيز البيع فى الباقى وان كان المبيع مما له مثل من المكيل والموزون والعددى المتقارب فهلك بعضه فللبائع أن يجيز البيع فى الباقى بلا خلاف (وجه) قول محمد ان الاجازة ههنا بمنزلة انشاء التمليك لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه فكان للاجازة حكم الانشاء والهالك منهما خرج عن احتمال الانشاء والانشاء فى الباقى تمليك بحصته من الثمن وهى مجهولة فيما لا مثل له فلم يحتمل الانشاء وفيما له مثل معلومة فاحتمل الانشاء (وجه) قولهما ان هذه الاجازة تظهر ان العقد من حين وجوده انعقد فى حق الحكم فلم يكن الهلاك مانعا من الاجازة وقوله الاجازة ههنا انشاء قلنا ممنوع فان العقد ينعقد فى حق الحكم بدون الاجازة من انقضاء المدة و بموت من له الخيار ولو كانت الاجازة انشاء لتوقف حكم العقد على وجودها وهذا بخلاف بيع الفضولى اذا هلك المبيع قبل الاجازة ثم أجازه المالك لم يجز وههنا جاز فهلاك المبيع فى بيع الفضولى يمنع من الاجازة وههنا لا يمنع (ووجه) الفرق ان بيع الفضولى يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر من وجه فكانت الاجازة اظهارا من وجه انشاء من وجه فمن حيث انها اظهار كان لا يقف صحته على قيام المحل ومن حيث انها انشاء يقف عليه (فاما) فى البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور المحض فكانت الاجازة اظهارا ان العقد من وقت وجوده انعقد فى حق الحكم والمحل كان قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج قول أبى حنيفة فى رجلين اشتريا شيأ على انهما بالخيار فيه ثلاثة أيام فاختار انه يلزم البيع حتى لا يملك الآخر الفسخ احترازاً عن تفريق الصفقة فى اللزوم وسنذكر المسئلة فى خيار العيب ان شاء الله تعالى (وأما) حكم هذا البيع فقد اختلف العلماء فيه قال أصحابنا لا حكم له للحال والخيار يمنع انعقاد العقد فى الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف على معنى انه لا يعرف حكمه للحال وانما يعرف عند سقوط الخيار لانه لا يدرى انه يتصل به الفسخ أو الاجازة فيتوقف فى الجواب للحال وهذا تفسير التوقف عندنا وقال الشافعى رحمه الله فى قول مثل قولنا وفى قول هو منعقد مفيد للتملك لكن ملكا مسلطاً على فسخه بالخيار (وجه) قوله ان البيع بشرط الخيار لا يفارق البيع البات الا فى الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع وخيار الرؤية على أصلكم (ولنا) ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن القياس للحاجة الى دفع الغبن ولا اندفاع لهذه الحاجة الا بامتناع ثبوت الملك للحال لان من الجائز أن يكون المشترى قريب المشترى فلو ملكه للحال لعتق عليه للحال فلا تندفع حاجته ثم الخيار لا يخلو اما ان كان للبائع والمشترى جميعاً واما ان كان للبائع وحده واما ان كان للمشترى وحده واما ان كان لغيرهما بان شرط أحدهما الخيار لثالث فان كان الخيار لهما فلا ينعقد العقد فى حق الحكم فى البدلين جميعا فلا يزول المبيع عن

ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى وكذا لا يزول الثمن عن ملك المشترى ولا يدخل فى ملك البائع لان المانع من الانعقاد فى حق الحكم موجود فى الجانبين جميعا وهو الخيار وان كان البائع وحده فلا ينعقد فى حق الحكم فى حقه حتى لا يزول المبيع عن ملكه ولا يجوز للمشترى أن يتصرف فيه ويخرج الثمن عن ملك المشترى لان البيع بات فى حقه وهل يدخل فى ملك البائع عند أبى حنيفة لا يدخل وعند أبى يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشترى وحده لا ينعقد فى حق الحكم فى حقه حتى لا يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز للبائع أن يتصرف فيه اذا كان عينا ولا يستحقه على المشترى اذا كان دينا ويخرج المبيع عن ملك البائع حتى لا يجوز له التصرف فيه لان البيع بات فى حقه وهل يدخل فى ملك المشترى عند أبى حنيفة لا يدخل وعندهما يدخل وجه قولهما ان ثبوت الحكم عند وجود المستدعى هو الاصل والامتناع بعارض والمانع ههنا هو الخيار وانه وجد فى أحد الجانبين لا غير فيعمل فى المنع فيه لا فى الجانب الآخر ألا ترى كيف خرج المبيع عن ملك البائع اذا كان الخيار للمشترى والثمن عن ملك المشترى اذا كان الخيار للبائع فدل ان البيع بات فى حق من لا خيار له فيعمل فى بتات هذا الحكم الذى وضع له (وجه) قول أبى حنيفة رحمه الله ان الخيار اذا كان للبائع فالمبيع لم يخرج عن ملكه واذا كان للمشترى فالثمن لم يخرج عن ملكه وهذا يمنع دخول الثمن فى ملك البائع فى الاول ودخول المبيع فى ملك المشترى فى الثانى لوجهين أحدهما انه جمع بين البدل والمبدل فى عقد المبادلة وهذا لا يجوز والثانى ان فى هذا ترك التسوية بين العاقدين فى حكم المعاوضة وهذا لا يجوز لانهما لا يرضيان بالتفاوت وقولهما البيع بات فى حق من لا خيار له قلنا هذا يوجب البتات فى حق الزوال لا فى حق الثبوت لان الخيار من أحد الجانبين له أثر فى المنع من الزوال وامتناع الزوال من أحد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الآخر ان كان لا يمنع الزوال لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على هذا الاصل بين أبى حنيفة وصاحبيه مسائل (منها) اذا اشترى ذا رحم محرم منه على انه بالخيار ثلاثة أيام لا يعتق عليه عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل فى ملكه عنده ولا عتق بدون الملك وهو على خياره ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه فان فسخ لا يعتق لان العبد عاد الى ملك البائع وان أجازه عتق لانه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه الثمن وعندهما يعتق عليه بنفس الشراء ويلزمه الثمن ويبطل خياره لانه دخل فى ملكه ولو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه على انه بالخيار ثلاثة أيام عتق عليه بالاجماع (اما) عندهما فظاهر لانه ملكه بنفس الشراء فوجد شرط الحنث فعتق (واما) عند أبى حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ولو نجز عتقه بعد شرائه بشرط الخيار عتق وسقط خياره لكون الاعتاق اجازة واختيار اللملك على ما نذكر كذا هذا والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنكاح على انه بالخيار ثلاثة أيام لا تصير أم ولد له عند أبى حنيفة لأنها لم تدخل فى ملكه وهو على خياره ان شاء فسخ البيع وعادت الى ملك البائع وان شاء أجازه وصارت أم ولد له ولزمه الثمن وعندهما صارت أم ولده بنفس الشراء لانها دخلت فى ملكه فبطل خياره ولزمه الثمن (ومنها) اذا اشترى زوجته بشرط الخيار ثلاثة أيام لا يفسد النكاح عند أبى حنيفة لانها لم تدخل فى ملكه عنده وعندهما فسد لدخولها فى ملكه وملك أحد الزوجين رقبة صاحبه أو شقصا منها يرفع النكاح فان وطئها فى مدة الخيار فان كانت بكرا كان اجازة بالاجماع (اما) عند أبى حنيفة فلاجل النقصان بازالة البكارة وهى العذرة لا لاجل الوطء لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء قائما فلا حاجة الى ملك اليمين (واما) عندهما فلاجل النقصان والوطء جميعا فان كانت ثيبا لا يبطل خياره عند أبى حنيفة لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطء ولا ضرورة لان ملك النكاح قائم فكان حل الوطء ثابتا فلا ضرورة الى ملك اليمين بحل الوطء فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل خياره لضرورة حل الوطء بملك اليمين لارتفاع النكاح بنفس الشراء بخلاف ما اذا لم تكن الجارية زوجة له ووطئها انه يكون اجازة سواء كانت بكرا أو ثيبا لان حل الوطء هناك لا يثبت الا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان اقدامه على الوطء اختيارا للملك فيبطل الخيار (ومنها) اذا اشترى جارية على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فحاضت عنده فى مدة الخيار حيضة

كاملة أو بعض حيضة فى مدة الخيار فاختار البيع لاتجزى تلك الحيضة فى الاستبراء عند أبى حنيفة وعليه ان يستبرئها بحيضة أخرى لانها لم تدخل فى ملكه عنده ولم يوجد سبب وجوب الاستبراء وعندهما يحتسب بها لانها دخلت فى ملكه فكانت الحيضة بعد وجود سبب وجوب الاستبراء فكانت محسوبة منه ولو اختار فسخ البيع ورد الجارية فلا استبراء على البائع عند أبى حنيفة سواء كان الرد قبل القبض أو بعده وعندهما قبل القبض القياس ان يجب وفى الاستحسان لا يجب و بعد القبض يجب قياسا واستحسانا على ما ذكرنا فى مسائل الاستبراء وان كان الخيار للبائع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبراء لانها لم تخرج عن ملكه وان أجازه فعلى المشترى أن يستبرئها بعد الاجازة والقبض بحيضة أخرى بالاجماع لانه ملكها بعد الاجازة و بعد القبض ملكا مطلقا (ومنها) اذا اشترى شيأ بعينه على أنه بالخيار ثلاثة أيام فقبضه باذن البائع ثم أودعه البائع فى مدة الخيار فهلك فى مدة الخيار أو بعدها يهلك على البائع و يبطل البيع عند أبى حنيفة لانه لم يدخل فى ملك المشترى ولما دخل رده على البائع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع قبض القبض وعندهما يهلك على المشترى و يلزمه الثمن لانه دخل فى ملكه أعنى المشترى فقد أودع ملك نفسه و يد المودع يده فهلاكه فى يده كهلاكه فى يد نفسه ولو كان الخيار للبائع فسلمه الى المشترى ثم ان المشترى أودعه البائع فى مدة الخيار فهلك فى يد البائع قبل جواز البيع أو بعده بطل البيع بالاجماع ولو كان البيع باتا فقبضه المشترى باذن البائع أو بغير اذنه والثمن منقود أو مؤجل وله خيار رؤية أو عيب فاودعه البائع فهلك عند البائع يهلك على المشترى و يلزمه الثمن بالاجماع لان خيار الرؤية والعيب لا يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فكان مودعا ملك نفسه والله عز وجل أعلم (ومنها) اذا اشترى ذمى من ذمى خمرا أو خنزيرا على انه بالخيار ثلاثة أيام وقبضه ثم اسلم المشترى بطل العقد عند أبى حنيفة لانه لم يدخل فى ملك المشترى والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع وعندهما يلزم العقد ولا يبطل لانه دخل فى ملك المشترى والاسلام يمنع من اخراجه عن ملكه ولو أسلم البائع لا يبطل البيع بالاجماع لان البيع بات فى جانبه والاسلام فى البيع البات لا يوجب بطلانه اذا كان بعد القبض والمشترى على خياره فان أجاز البيع جاز و يلزمه الثمن وان فسخه انفسخ وصار الخمر للبائع حكما والمسلم من أهل ان يتملك الخمر حكما ألا ترى أنه يتملكها بالميراث ولو كان الخيار للبائع فاسلم البائع بطل الخيار لان خيار البائع يمنع خروج السلعة عن ملكه والاسلام يمنع اخراج الخمر عن ملكه بالعقد فبطل العقد ولو أسلم المشترى لا يبطل البيع لان البيع بات فى جانبه والبائع على خياره فان فسخ البيع عادت الخمر اليه وان أجازه صار الخمر للمشترى حكما والمسلم من أهل أن يتملكها حكما كما فى الارث ولو كان البيع باتا فاسلما أو أسلم أحدهما لا يبطل البيع لان الاسلام متى ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لانه لم يثبت بعد الاسلام ملك مبتدأ لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فان المسلم اذا تخمر عصيره فلا يؤمر بابطال حقه فيها هذا كله اذا أسلما أو أسلم أحدهما بعد القبض فاما اذا كان قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لهما أو لاحدهما لان الاسلام متى ورد والحرام غير مقبوض يمنع من قبضه بحكم العقد لما فى القبض من معنى انشاء العقد من وجه فيلحق به فى باب الحرمات احتياطا على ما ذكرنا فيما تقدم وقد تظهر فوائد هذا الاصل فى فروع أخر يطول ذكرها وان كان المبيع دارا فان كان الخيار للبائع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان المبيع لم يخرج عن ملك البائع وان كان للمشترى يثبت للشفيع حق الشفعة بالاجماع (أما) على أصلهما فظاهر لان المبيع فى ملك المشترى (وأما) على أصل أبى حنيفة فالمبيع وان لم يدخل فى ملك المشترى لكنه قد زال عن ملك البائع بالاجماع وحق الشفعة يعتمد زوال ملك البائع لا ثبوت ملك المشترى والله عز وجل أعلم ولو تبايعا عبدا بجارية والخيار للبائع فاعتق البائع العبد نفذ اعتاقه وانفسخ البيع لان خيار البائع يمنع زوال العبد عن ملكه فقد أعتق ملك نفسه فنفذ وان أعتق الجارية نفذ أيضا ولزم البيع (أما) على أصلهما فظاهر لانه ملكها فاعتق ملك نفسه (وأما) على أصل أبى حنيفة وان لم يملكها بالعقد لكن الاقدام على الاعتاق دليل عقد الملك اذ لا وجود للعتق الا بالملك ولا

ملك

ملك الا بسقوط الخيار فتضمن اقدامه على الاعتاق اسقاط الخيار ولو أعتقهما معا نفذ اعتاقهما جميعا و بطل البيع وعليه قيمة الجارية وعندهما نفذ اعتاقهما ولا شيء عليه أما نفوذ اعتاقهما (أما) العبد فلا شك فيه لانه لم يخرج عن ملك البائع بلا خلاف (وأما) الجارية فكذلك على أصلهما لانها دخلت في ملكه وعند أبي حنيفة وان لم تدخل في ملكه بنفس العقد فقد دخلت بمقتضى الاقدام على اعتاقهما على ما بينا فاعتاقهما صادف محلا مملوكا للمعتق فنفذ (وأما) لزوم قيمة الجارية عند أبي حنيفة فلان العبد بدل الجارية وقد هلك قبل التسليم بالاعتاق وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب بطلان البيع واذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق فيغرم قيمتها ولو اعتق المشتري العبد أو الجارية لم ينفذ اعتاقه (أما) العبد فلانه لم يدخل في ملكه (وأما) الجارية فلانها خرجت عن ملكه والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار و يلزم البيع فنقول و بالله التوفيق أما خيار البائع فما يسقط به خياره و يلزم البيع نوعان في الاصل أحدهما اختياري والآخر ضروري أما الاختياري فالاجازة لان الاصل هو لزوم البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم البيع والاجازة نوعان صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول البائع أجزت البيع أو أوجبته أو أسقطت الخيار أو أبطلته وما يجري هذا المجرى سواء علم المشتري الاجازة أو لم يعلم (وأما) الاجازة بطريق الدلالة فهي أن يوجد منه تصرف في الثمن يدل على الاجازة وايجاب البيع فالاقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لبريرة حين عتقت ملكت بضعك فاختاري وان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل النبي عليه الصلاة والسلام تمكينها من الوطء دليل بطلان الخيار فصار ذلك أصلا لان الخيار كما يسقط بصريح الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة وعلى هذا يخرج ما اذا كان الثمن عينا فتصرف البائع فيه تصرف الملاك بأن باعه أو ساومه أو أعتقه أو دبره أو كاتبه أو آجره أو رهنه ونحو ذلك لان ذلك يكون اجازة للبيع (أما) على أصلهما فلان الثمن دخل في ملك البائع فكان التصرف فيه دليل تقرر ملكه وأنه دليل اجازة البيع (وأما) على أصل أبي حنيفة فالاقدام على التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل الاجازة وكذا لو كان الثمن دينا فابرأ البائع المشتري من الثمن أو اشترى به شيأ منه أو وهبه من المشتري فهو اجازة للبيع لما قلنا و يصح شراؤه وهبته لان هبة الدين والشراء به ممن عليه الدين وأنه جائز وكذا لو ساومه البائع بالثمن الذي في ذمته شيأ لانه قصد تملك ذلك الشيء ولا يمكنه التملك الا بثبوت ملكه في الثمن أو تقرره فيه ولو اشترى بالثمن شيأ من غيره لم يصح الشراء وكان اجازة (أما) عدم صحة الشراء فلانه شراء بالدين من غير من عليه الدين (وأما) كونه اجازة للبيع فلان الشراء به من غيره وان لم يصح لكنه قصد التملك وذا دليل الاجازة كما اذا ساومه بل أولى لان الشراء به في الدلالة على قصده التملك فوق المساومة فلما كانت المساومة اجازة فالشراء أولى بخلاف ما اذا كان البائع قبض الثمن الذي هو دين فاشترى به شيأ أنه لا يكون اجازة للبيع لان عين المقبوض ليس بمستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم والدنانير لا يتعينان عندنا في الفسخ كما لا يتعينان في العقد فلم يكن المقبوض فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اشترى به قبل القبض لانه أضاف الشراء الى عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد الى الملك أو تقرر الملك فيه على ما قلنا ولو كان الخيار للمشتري فابرأه البائع من الثمن قال أبو يوسف رحمه الله لا يصح الابراء لان خيار المشتري يمنع وجوب الثمن والابراء اسقاط واسقاط ما ليس بثابت لا يتصور وروي عن محمد رحمه الله أنه اذا أجاز البيع نفذ الابراء لان الملك يثبت مستندا الى وقت البيع فتبين ان الثمن كان واجبا فكان ابراؤه بعد الوجوب فينفذ والله عز وجل أعلم (وأما) الضروري فثلاثة أشياء (أحدهما) مضي مدة الخيار لان الخيار مؤقت به والمؤقت الى غاية ينتهي عند وجود الغاية لكن هل تدخل الغاية في شرط الخيار بان شرط الخيار الى الليل أو الى الغد هل يدخل الليل أو الغد قال أبو حنيفة عليه الرحمة تدخل وقال أبو يوسف ومحمد لا تدخل (وجه) قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله تعالى عز

شأنه ثم أتموا الصيام الى الليل حتى لا يجب الصوم فى الليل وكما فى التأجيل الى غاية ان الغاية لا تدخل تحت الاجل كذا هذا ولابى حنيفة ان الغايات منقسمة غاية اخراج وغاية اثبات فغاية الاخراج تدخل تحت ماضربت له الغاية كما فى قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الى المرافق والغاية ههنا فى معنى غاية الاخراج ألا ترى أنه لو لم يذكر الوقت أصلا لاقتضى ثبوت الخيار فى الاوقات كلها حتى لم يصح لانه يكون فى معنى شرط خيار مؤبد بخلاف التأجيل الى غاية فانه لولا ذكر الغاية لم يثبت الاجل أصلا فكانت الغاية غاية اثبات فلم تدخل تحت ماضربت له الغاية والثانى موت البائع فى مدة الخيار عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل الخيار بموته بل يقوم وارثه مقامه فى الفسخ والاجازة والله عز وجل أعلم ولقب هذه المسئلة ان خيار الشرط هل يورث أم لا عندنا يورث وعنده لا يورث وأجمعوا على ان خيار القبول لا يورث وكذا خيار الاجازة فى بيع الفضولى لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق وأجمعوا على ان خيار العيب وخيار التعيين يورث (وأما) خيار الرؤية فلم يذكر فى الاصل وذكر فى الحيل أنه لا يورث وكذا روى ابن سماعة عن محمد أنه لا يورث احتج الشافعى رحمه الله بظواهر آيات المواريث حيث أثبت الله عز وجل الارث فى المتروك مطلقا والخيار متروك فيجرى فيه الارث وبما روى عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال من ترك مالا أو حقا فلورثته والخيار حق تركه فيكون لورثته ولانه حق ثبت بالبيع فيجرى فيه الارث كالملك الثابت وهذا لان الارث كما يثبت فى الاملاك يثبت فى الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت فى خيار العيب وخيار التعيين كذا هذا ولنا ان الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من أن يثبت ابتداء أو بطريق الارث لا سبيل الى الاول لان الشرط لم يوجد من الوارث ابتداء واثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الى الثانى لان الوارث يعتمد الباقى بعد موت المورث وخياره لا يبقى بعد موته لان خياره تخييره بين الفسخ والاجازة ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين لان المورث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة (وأما) الآية والحديث فنقول بموجبهما لكن لم قلتم ان الخيار متروك وهذا لان المتروك عين تبقى والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكا فلا يورث والله عز وجل أعلم (والثالث) اجازة أحد الشريكين عند أبى حنيفة رحمه الله بان تبايعا على أنهما بالخيار فاجاز أحدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما لا يبطل وخيار الآخر على حاله وسنذكر المسئلة فى خيار العيب ولو بلغ الصبى فى مدة خيار الشرط للاب أو الوصى لنفسه فى بيع مال الصبى هل يبطل الخيار قال أبو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد تنتقل الاجازة الى الصبى فلا يملك الولى الاجازة لكنه يملك الفسخ (وجه) قول محمد ان الولى يتصرف فى مال الصغير بطريق النيابة عنه شرعا لعجزه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ فتنتقل الاجازة اليه الا أنه يملك الفسخ لانه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولى فى البيع انه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة (وجه) قول أبى يوسف ان الخيار يثبت للولى وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبى ولهذا لم ينتقل الى الوارث بموت من له الخيار ولو عجز المكاتب فى مدة خيار شرطه لنفسه فى البيع بطل الخيار ولزم البيع فى قولهم جميعا لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق له ولاية الفسخ والاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذا العبد المأذون اذا حجر عليه المولى فى مدة الخيار بطل خياره عند أبى يوسف واحدى الروايتين عن محمد لما قلنا ولو اشترى الاب أو الوصى شيأ بدين فى الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبى جاز العقد عليهما والصبى بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء فسخ (أما) الجواز عليهما فلأن ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ فلا يملكان التصرف بالفسخ والاجازة فيبطل خيارهما وجاز العقد فى حقهما (وأما) خيار الصبى فلأن الجواز واللزوم لم يثبت فى حقه وانما يثبت فى حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة (وأما) خيار المشترى فيسقط بما يسقط خيار البائع وبغيره أيضا فيسقط بمضى المدة وبموت من له الخيار عندنا واجازة أحد الشريكين عند أبى حنيفة والاجازة صريح وما هو فى معنى

الصريح

الصريح ودلالة وهو أن يتصرف المشترى فى المبيع تصرف الملاك كالبيع والمساومة والاعتاق والتدبير والكتابة
والاجارة والهبة والرهن سلم أولم يسلم لان جواز هذه التصرفات يعتمد الملك فالاقدام عليها يكون دليل قصد التملك
أو تقرر الملك على اختلاف الاصلين وذا دليل الاجازة وكذا الوطء منه والتقبيل بشهوة والمباشرة لشهوة والنظر
الى فرجها لشهوة يكون اجازة منه لانه تصرف لايحل الا بملك اليمين وأما المس عن غير شهوة والنظر الى فرجها بغير
شهوة فلا يكون اجازة لان ذلك مباح فى الجملة بدون الملك للطبيب والقابلة وأما الاستخدام فالقياس أن يكون اجازة
بمنزلة المس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة وفى الاستحسان لا يكون اجازة لانه لايختص بالملك ولانه يحتاج
اليه للتجربة والامتحان لينظر انه يوافقه أم لا على ان فيه ضرورة لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن بأن يسأله ثوبه عند
ارادة الرد فيرده أو يستسرجه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره لمكان الضرورة ولو قبلت الجارية المشترى بشهوة أو
باشرته فان كان ذلك بتمكين بأن علم ذلك منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا هذا فى حق خيار الرؤية اذا
قبلته بعد الرؤية وكذا فى خيار العيب اذا وجدها عيبا ثم قبلته وكذا فى الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان
اختلست اختلاسا من غير تمكين المشترى والزوج وهو كاره لذلك فكذلك عند أبى حنيفة وروى عن أبى
يوسف انه لا يكون ذلك رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد لا يكون فعلها اجازة للبيع كيف ما كان وأجمعوا على انها
لو باضعته وهو نائم بأن أدخلت فرجه فرجها انه يسقط الخيار ويكون رجعة (وجه) قول محمد ان الخيار حق شرط
له ولم يوجد منه ما يبطله نصا ولا دلالة وهو فعل يدل عليه فلا يبطل ولابى حنيفة رحمه الله ان الاحتياط يوجب
سقوط الخيار اذ لو لم يسقط ومن الجائز أن يفسخ البيع لتبين ان المس عن شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل
فى غير ملك وكل ذلك حرام فكان سقوط الخيار وثبوت الرجعة بطريق الصيانة عن ارتكاب الحرام وانه واجب
ولان المس عن شهوة يفضى الى الوطء والسبب المفضى الى الشىء يقوم مقامه خصوصا فى موضع الاحتياط فأقيم
ذلك مقام الوطء من المشترى ولهذا ثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من الجانبين لكونه سببا مفضيا الى الوطء
فأقيم مقامه كذا هذا ولو قبل المشترى الجارية ثم قال قبلتها لغير شهوة فالقول قوله كذا روى عن محمد لان الخيار كان
ثابتا له فهو بقوله كان لغير شهوة ينكر سقوطه فكان القول قوله وكذلك قال أبو حنيفة فى الجارية اذا قبلت المشترى
بشهوة انه انما يسقط الخيار ويلزمه العقد اذا أقر المشترى انها فعلت بشهوة (فأما) اذا أنكر أن يكون ذلك بشهوة
فلا يسقط لان حكم فعلها يلزم المشترى بسقوط حقه فيتوقف على اقراره ولو حدث فى المبيع فى يد المشترى ما يمنع
الرد على البائع بطل خياره لان فائدة الخيار هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن فى بقاء الخيار
فائدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك فى يده أو انتقص بأن تعيب بعيب لا يحتمل الارتفاع سواء كان ذلك فاحشا أو
يسيرا وسواء كان ذلك بفعل المشترى أو بفعل البائع أو بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي لان حدوث
هذه المعانى فى يد المشترى يمنع الرد (أما) الهلاك فظاهر وكذا النقصان لفوات شرط الرد وهو أن يكون ما قبض
كما قبض لانه اذا انتقص شىء منه فقد تعذر رد القدر الفائت فتقرر على المشترى حصته من الثمن لان فواته حصل فى
ضمان المشترى فلو رد الباقى كان ذلك تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وهذا لا يجوز واذا امتنع الرد بطل الخيار
لما قلنا وهذا قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف أيضا الا فى خصلة واحدة وهى ما اذا انتقص بفعل البائع
فان المشترى فيهما على خياره عنده ان شاء رد عليه وان شاء أمسكه وأخذ الارش من البائع كذا ذكر القاضى فى
شرحه مختصر الطحاوى الاختلاف وذكر الكرخى رحمه الله الاختلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد رحمهم
الله وان كان العيب مما يحتمل الارتفاع كالمرض فالمشترى على خياره ان شاء فسخ وان شاء أجاز لان كل عارض
على أصل اذا ارتفع يلحق بالعدم ويجعل كأنه لم يكن هذا هو الاصل وليس له أن يفسخ الا أن يرتفع العيب فى مدة الخيار
فان مضت المدة والعيب قائم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا ازداد

المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الاصل كما اذا كان ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بسمن أو كان أرضا فبنى عليها أو غرس فيها انه يبطل خياره لان هذه الزيادة مانعة من الرد بالاجماع فكانت مسقطة للخيار ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالحسن والجمال والسمن والبرء من المرض وانجلاء البياض من العين ونحو ذلك فكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يبطل بناء على أن هذه الزيادة تمنع الرد عندهما كما فى العيب فى المهر فى النكاح وعنده لا تمنع والمسألة تأتى فى موضعها ان شاء الله تعالى وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والثمر واللبن ونحوها أو كانت غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء الفائت كالارش أو بدل ما هو فى معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لانها مانعة من الرد عندنا وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هى بدل الجزء الفائت أو ما هو فى معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره لان هذه الزيادة لا تمنع الرد فلا يبطل الخيار فان اختار البيع فالزوائد له مع الاصل لانه تبين انها كسب ملكه فكانت ملكه وان اختار الفسخ رد الاصل مع الزوائد عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد الزوائد تكون له بناء على أن ملك المبيع كان موقوفا فاذا فسخ تبين انه لم يدخل فى ملكه فتبين أن الزيادة حصلت على ملك البائع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل فى ملك المشترى فكانت الزوائد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر فى الاصل لا فى الزيادة فبقيت على حكم ملك المشترى ولو كان المبيع دابة فركبها فان ركبها لحاجة نفسه كان اجازة وان ركبها ليسقيها أو يشترى لها علفا أو ليردها على بائعها فالقياس أن يكون اجازة لانه يمكنه أن يفعل ذلك قودا وفى الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره لان ذلك مما لا بد منه خصوصا اذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل اجازة ولو ركبها لينظر الى سيرها لا يبطل خياره لانه لا بد له من ذلك للاختبار بخلاف خيار العيب انه اذا ركبها بعد ما علم بالعيب انه يبطل خياره لان له منه بدا ولا حاجة الى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب ولو كان المبيع ثوبا فلبسه لينظر الى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره لان ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان أنه يوافقه أم لا فلم يكن منه بد ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة أخرى ينظر ان ركبها لمعرفة سير آخر غير الاول بأن ركبها مرة ليعرف انها هملاج ثم ركبها ثانيا ليعرف سرعة عدوها فهو على خياره لان معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة اليها فى بعض الدواب وان ركبها لمعرفة السير الاول قالوا يسقط خياره وكذا فى استخدام الرقيق اذا استخدمه فى نوع ثم استخدمه فى ذلك النوع قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان الاختبار لا يحصل بالمرة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقا فيحتاج الى التكرار لمعرفة العادة وفى الثوب اذا لبسه مرة لمعرفة الطول والعرض ثم لبسه ثانيا يسقط خياره لانه لا حاجة الى تكرار اللبس فى الثوب لحصول المقصود باللبس مرة واحدة ولو حمل على الدابة علفا فهو اجازة لانه يمكنه حمل العلف على غيرها ولو قص حوافرها أو أخذ من عرفها شيأ فهو على خياره لانه تصرف لا يختص بالملك اذ هو من باب اصلاح الدابة فيملكه كل واحد ويكون مأذونا فيه دلالة كما اذا علفها أو سقاها ولو ودجها أو بزغها فهو اجازة لانه تصرف فيها بالتنقيص فان كان شاة فحلبها أو شرب لبنها فهو اجازة لانه لا يحل الا بالملك أو الاذن من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلا على قصد التملك أو التقرير فيكون اجازة ولو كان المبيع دارا فسكنها المشترى أو أسكنها غيره باجر أو بغير أجر أو رم شيأ منها أو جصصها أو طينها أو أحدث فيها شيأ أو هدم فيها شيأ فذلك كله اجازة لانه دليل اختيار الملك أو تقريره فكان اجازة دلالة وذكر القاضى فى شرحه مختصر الطحاوى فى سكنى المشترى روايتان ووفق بينهما فحمل احداهما على ابتداء السكنى والاخرى على الدوام عليه ولو كان فيها ساكن باجر فباعها البائع برضا المستأجر وشرط الخيار للمشترى فتركه المشترى فيها أو استأدى الغلة فهو اجازة لان الاجرة بدل المنفعة فكان أخذها دلالة قصد تملك المنفعة أو تقرير ملك المنفعة وذلك قصد تملك الدار أو تقرر ملكه فيها فكان اجازة ولو كان المبيع أرضا فيها حرث فسقاه أو حصده أو قصل منه شيأ فهو اجازة لان السقى تصرف فى الحرث بالتزكية فكان فى دليل اختيار البيع وايجابه

وكذلك

وكذلك القصل تصرف فيه بالتنقيص فكان دليل قصد التملك أو التقرر ولو شرب من نهر تلك الارض أوسقى منه دوابه لا يكون اجازة لان هذا تصرف لا يختص بالملك لانه مباح ولو كان المبيع رحى فطحن فيها فان هو طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره لانه تحقق ماشرع له الخيار ولو دام على ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الى الزيادة للاختيار فكان دليل الرضا بوجوب البيع (وأما) خيار البائع والمشتري جميعا فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد فأيهما أجاز صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه والآخر على خياره ان شاء أجاز وان شاء فسخ وأيهما فسخ صريحا أو ما يجري مجرى الصريح أو فعل ما يدل على الفسخ انفسخ أصلا ورأسا ولا تلحقه الاجازة من صاحبه بعد ذلك وانما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف في العقد بالابطال والعقد بعد ما بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل متلاشي (وأما) الاجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الالزام لا بالاعدام فلا يخرجه عن احتمال الفسخ والاجازة ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر انفسخ العقد سواء كان على التعاقب أو على القران لان الفسخ أقوى من الاجازة ألا ترى انه يلحق الاجازة فان المجاز يحتمل الفسخ فأما الاجازة فلا تلحق الفسخ فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ أقوى من الاجازة فكان أولى ولو اختلفا في الفسخ والاجازة فقال أحدهما فسخنا البيع وقال الآخر لا بل أجزنا البيع جميعا فاختلافهما لا يخلو من أن يكون في مدة الخيار أو بعد مضي المدة فان كان في المدة فالقول قول من يدعي الفسخ لان أحدهما ينفرد بالفسخ وأحدهما لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الاجازة لانه المدعي وان كان بعد مضي المدة فقال أحدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الآخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعي الاجازة لان الحال حال الجواز وهو ما بعد انقضاء المدة فترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ لانها تثبت أمرا بخلاف الظاهر والبينات شرعت له وان كان الخيار لاحدهما واختلفا في الفسخ والاجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سواء ادعى الفسخ أو الاجازة لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الآخر لانه هو المدعي ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار فالقول قول من يدعي الاجازة أيهما كان لان الحال حال الجواز وهي ما بعد مضي المدة ولو أرخت البينات في هذا كله فاسبقهما تاريخا أولى سواء قامت على الفسخ أو على الاجازة والله عز وجل أعلم وان كان خيار الشرط لغير العاقدين بان شرط أحدهما الخيار لاجنبي فقد ذكرنا ان ذلك جائز وللشارط والمشروط له خيار الفسخ والاجازة وأيهما أجاز جاز وأيهما فسخ انفسخ لانه صار شارطا لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار المشروط له بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ والاجازة فان أجاز أحدهما وفسخ الاخر فان كانا على التعاقب فاولهما أولى فسخا كان أو اجازة لان الثابت بالشرط أحد الامرين فايهما سبق وجوده بطل الآخر وان كانا معا ذكر في البيوع أن تصرف المالك عن ولاية الملك أولى نقضا كان أو اجازة وذكر في المأذون أن النقض أولى من أيهما كان (وجه) رواية البيوع ان تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة (وجه) رواية المأذون ان النقض أولى من الاجازة لان المجاز يحتمل الفسخ أما المفسوخ فلا يحتمل الاجازة فكان الرجحان في المأذون للنقض من أيهما كان وقيل ما روى في البيوع قول محمد لانه يقدم ولاية الملك على ولاية النيابة وما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لانه لا يرى تقديم ولاية الملك وأصله ما ذكر في النوادر ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان معا أن بيع الموكل أولى عند محمد وعند أبي يوسف يجعل العبد بينهما نصفين ويخير كل واحد من المشتريين والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه في موضعين أحدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرائطه فنقول وبالله التوفيق ما ينفسخ به في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان أيضا صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة (أما) الاول فنحو أن يقول من له الخيار فسخت البيع أو نقضته أو أبطلته وما يجري هذا المجرى فينفسخ البيع سواء كان الخيار للبائع أو

للمشترى أولهما أولغيرهما ولا يشترط له التراضى ولا قضاء القاضى لان الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه (وأما) الفسخ من طريق الدلالة فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك ان كان الخيار للبائع وفى الثمن ان كان عينا اذا كان الخيار للمشترى لان الخيار اذا كان للبائع فتصرفه فى المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه واذا كان للمشترى فتصرفه فى الثمن اذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ فالاقدام عليه يكون فسخا للعقد دلالة والحاصل ان وجد من البائع فى المبيع ما لو وجد منه فى الثمن لكان اجازة للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الاول لان الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصودا وانما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق أنه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للارض والله عز وجل أعلم (وأما) الضرورى فنحو ان يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى أولهما جميعا لانه لو كان باتا لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط أولى لانه أضعف منه وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبائع فكذلك يبطل البيع ولكن تلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار بحال لا يحتمل انشاء العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة وأما لزوم القيمة فقول عامة العلماء وقال ابن أبى ليلى انه يهلك أمانة (وجه) قوله ان الخيار منع انعقاد العقد فى حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة فى يد المشترى فيهلك هلاك الامانات (ولنا) ان البيع وان لم ينعقد فى حق الحكم لكن المبيع فى قبض المشترى على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء بل هو فوقه لان هناك لم يوجد العقد لا بنفسه ولا بحكمه وههنا ان لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه وذلك مضمون بالقيمة أو بالمثل فهذا أولى وان كان الخيار للمشترى لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن اما على أصلهما فظاهر لان المشترى ملكه بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما كان فى البيع البات (واما) على أصل أبى حنيفة فالمشترى وان لم يملكه فقد اعترض عليه فى يده قبل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع لان الهلاك فى يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لانه لا يخلو عن سبب موته فى الهلاك عادة وانه يكون عيبا وتعيب المبيع فى يد المشترى يمنع الرد ويلزم البيع لما ذكرنا فيما تقدم فاذا هلك يهلك بالثمن ولو استهلك المبيع أجنبى والخيار للبائع لا ينفسخ البيع والبائع على خياره لانه يهلك الى خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه والهالك الى خلف قائم معنى فكان المبيع قائما فكان محتملا للاجازة سواء كان المبيع فى يد المشترى أو فى يد البائع لانه مضمون بالاتلاف فى الحالين جميعا فان شاء فسخ البيع واتبع الجانى بالضمان وكذلك لو استهلكه المشترى لانه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قائما معنى فكان الخيار على حاله ان شاء فسخ البيع واتبع المشترى بالضمان وان شاء اجازه واتبعه بالثمن ولو تعيب المبيع فى يد البائع فان كان بآفة سماوية أو بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو على خياره لان ما انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شئ من الثمن فلا ينفسخ البيع فى قدر الضمان بابقاء الخيار لانه يؤدى الى تفريق الصفقة على المشترى فان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه فان أجازه فالمشترى بالخيار ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البائع بطل البيع لان ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتى يسقط عن المشترى حصة قدر النقصان من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق الصفقة على المشترى قبل التمام وان كان بفعل أجنبى لم يبطل البيع وهو على خياره لان قدر النقصان هلك الى خلف وهو الضمان فكان قائما معنى ولم يبطل البيع فى قدر الهالك فكان البائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع الجانى بالارش وان شاء أجاز واتبع المشترى بالثمن والمشترى يتبع الجانى بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشترى لا يبطل البيع والبائع

على

على خياره لان المبيع على ملك البائع فكان قدر النقصان مضمونا على المشترى فكان هلاكا الى خلف فكان البيع على حاله والبائع على خياره ان شاء فسخ البيع واتبع المشترى بالضمان وان شاء أجازه واتبع المشترى بالثمن وكذلك اذا تعيب فى يد المشترى بفعل أجنبي أو بفعل المشترى أو بآفة سماوية فالبائع على خياره فان شاء أجاز البيع وان شاء فسخه فان أجاز أخذ من المشترى جميع الثمن سواء كان التعيب بفعل المشترى أو بفعل الاجنبي أو بآفة سماوية لان البيع جاز فى الكل ولا يكون للمشترى خيار الرد بحدوث التغير فى المبيع لانه حدث فى يده فى ضمانه غير أنه ان كان التعييب بفعل المشترى فلا سبيل له على أحد وان كان بفعل الاجنبي فللمشترى أن يتبع الجانى بالارش لانه ملك العبد باجازة البائع من وقت البيع فتبين أن الجناية حصلت على ملكه وان فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشترى فان البائع يأخذ الباقى ويأخذ ارش الجناية من المشترى لان العبد كان مضمونا على المشترى بالقيمة الا ترى أنه لو هلك فى يده لزمته قيمته وبالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن رد قدر الفائت فيلزمه رد قيمته وكذا اذا تعيب بآفة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل أجنبي فالبائع بالخيار ان شاء اتبع الاجنبي بالارش لان الجناية حصلت على ملكه وان شاء اتبع المشترى لان الجناية حصلت فى ضمان المشترى فان اختار اتباع الاجنبي فالاجنبي لا يرجع على أحد لانه ضمن بفعل نفسه وان اختار اتباع المشترى فالمشترى يرجع بما ضمن من الارش على الاجنبي لان المشترى قام مقام البائع فى حق ملك بدل الفائت وان لم يقم مقامه فى حق ملك نفس الفائت كغاصب المدبر اذا قتل المدبر فى يده وضمنه للمالك ان له ان يرجع بما ضمن على القاتل وان لم يملك نفس المدبر كذا هذا والله عز وجل أعلم ( وأما ) شرائط جواز الفسخ فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ عند أبى حنيفة ومحمد حتى لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفا عندهما ان علم صاحبه بفسخه فى مدة الخيار نفذ وان لم يعلم حتى مضت المدة لزم العقد وكذا لو أجاز الفاسخ العقد نفذ فسخه قبل علم صاحبه وجازت اجازته ولزم العقد وبطل فسخه وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتى لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ أولا وروى عن أبى يوسف أنه فصل بين خيار البائع وخيار المشترى فلم يشترط العلم فى خيار البائع وشرط فى خيار المشترى ( وأما ) خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخي ولا خلاف بين أصحابنا فى خيار العيب ان العلم بالفسخ فيه شرط سواء كان بعد القضاء أو قبله وأجمعوا على أن عزل الموكل وكيله بغير علمه وان فسخ أحد الشريكين الشركة أو نهى رب المال المضارب عن التصرف بغير علمه لا يصح ( وجه ) قول أبى يوسف انه يملك الاجازة بغير علم صاحبه فيملك الفسخ والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معنى للتوقف على علمه كالوكيل بالبيع اذا باع من غير علم الموكل ( وجه ) قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم صاحبه لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعا للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله بغير علمه وبيان الضرر ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ فتصرف فى المبيع بعد مضى مدة الخيار على ظن أنه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين أنه تصرف فى ملك غيره وأنه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يجز عزل الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة أنه يصح من غير علمه لانه لا ضرر فيه وكذا لا ضرر فى بيع الوكيل بغير علم الموكل ومنها أن لا يكون فى الفسخ تفريق الصفقة حتى لا يملك الاجازة فى البعض دون البعض لانه تفريق الصفقة قبل تمامها وأنه باطل ( وأما ) الخيار الثابت بالشرط دلالة فهو خيار العيب والكلام فى بيع المعيب فى مواضع فى بيان حكمه وفى بيان صفة الحكم وفى بيان تفسير العيب الذى يوجب الخيار وتفصيل المفسر وفى بيان شرائط ثبوت الخيار وفى طريق اثبات العيب وفى بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته وفى بيان من تلزمه الخصومة فى العيب ومن لا تلزمه وفى بيان ما يمنع الرد بالعيب وفى بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وفى بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع وفى بيان طريق الرجوع ( أما ) حكمه فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع للحال لان ركن البيع مطلق عن الشرط والثابت بدلالة

النص شرط السلامة لا شرط السبب ولا شرط الحكم وأثره في منع اللزوم لا في منع أصل الحكم بخلاف البيع
بشرط الخيار لان الشرط المنصوص عليه هناك دخل على السبب فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار (وأما)
صفته فهي أنه ملك غير لازم لان السلامة شرط في العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا يلزم حكمه والدليل على
أن السلامة مشروطة في العقد دلالة ان السلامة في البيع مطلوبة المشتري عادة الى آخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع
ولا يتكامل انتفاعه الا بقيد السلامة ولانه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم له جميع المبيع فكانت السلامة مشروطة في
العقد دلالة فكانت كالمشروطة نصاً فاذا فاتت المساواة كان له الخيار كما اذا اشترى جارية على انها بكر أو على انها
طباخة فلم يجدها كذلك وكذا السلامة من مقتضيات العقد أيضاً لانه عقد معاوضة والمعاوضات مبناها على المساواة
عادة وحقيقة وتحقيق المساواة في مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان اطلاق العقد مقتضيا للسلامة
فاذا لم يسلم المبيع للمشتري يثبت له الخيار لان المشتري يطالبه بتسليم قدر الفائت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن
تسليمه فيثبت الخيار ولان السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم يحصل فقد اختل رضاه وهذا يوجب الخيار لان
الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض
منكم فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه اثباتا للحكم على قدر الدليل والاصل في شرعية هذا الخيار
ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير النظرين ثلاثة أيام
وفي رواية فهو بأحد النظرين الى ثلاثة ان شاء أمسك وان شاء رد ورد معها صاعا من تمر والنظران المذكوران هما نظر
الامساك والرد وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت لان هذا النوع من الخيار ليس بموقت بل هو بناء الامر على
الغالب المعتاد لان المشتري ان كان به عيب يقف عليه المشتري في هذه المدة عادة فيرضى به فيمسكه أو لا يرضى به فيرده
والصاع من التمر كانه قيمة اللبن الذي حلبه المشتري علمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بطريق المشاهدة والله عز وجل
أعلم (وأما) تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا
فاحشا أو يسيرا فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا نحو العمى والعور والحول والقبل وهو نوع من الحول مصدر
الاقبل وهو الذي كانه ينظر الى طرف أنفه والسبل وهو زيادة في الاجفان والعشا مصدر الاعشى وهو الذي لا يبصر
بالليل والخوص مصدر الاخوص وهو غائر العين والحوص مصدر الاحوص وهو الضيق مؤخر العين والغرب
وهو ورم في الاماق وهي اطراف العين التي تلي الانف وقيل هو درور الدمع دائما والظفرة وهي التي يقال لها بالفارسية
ناخنه والشتر وهو انقلاب جفن العين والبرص والقرع والسلع والشلل والزمانة والفدع وهو اعوجاج في الرسغ
من اليد أو الرجل والفحج مصدر الافحج وهو الذي يتدانى عقباه و ينكشف ساقاه في المشي والصكك مصدر
الاصك وهو الذي يصطك ركبتاه والحنف مصدر الاحنف وهو الذي أقبلت احدى ابهام رجليه على الاخرى
والبزى مصدر الابزى وهو خروج الصدر والعسر مصدر الاعسر وهو الذي يعمل بشماله والاصبع الزائدة
والناقصة والسن الشاغية والسوداء والناقصة والظفر الاسود والبخر وهو نتن الفم في الجواري لا في العبيد الا أن
يكون فاحشا لانه حينئذ يكون عن داء والزفر وهو نتن الابط في الجارية لا في الغلام الا أن يفحش فيكون عيبا فيهما
جميعا والادر مصدر الادرة وهو الذي به أدرة يقال لها بالفارسية فتح والرتق وهو انسداد فرج الجارية والفتق وهو
انفتاح فرجها والقرن وهو في النساء كالادرة في الرجال والشمط والشيب في الجواري والعبيد والسلول والقروح
والشجاج والامراض كلها والحبل في الجواري لا في البهائم لانه زيادة في البهيمة وحذف الحروف في المصحف
الكريم أو في بعضه والزنا في الجارية لا في الغلام لانه يفسد الفراش وقد يقصد الفراش في الاماء بخلاف الغلام الا
اذا فحش وصار اتباع النساء عادة له فيكون عيبا فيه أيضا لانه يوجب تعطيل منافعه على المولى وكذا اذا ظهر وجوب
الحد عليه فهو عيب وقال بعض مشايخنا ببلخ الزنا يكون عيبا في الغلام أيضا لانه لا يؤتمن على أهل البيت فلا يستخدم

وهذا ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشترى للاستخدام فى البيت بل للاعمال الخارجة وكون المشترى ولد الزنا فى الجارية لا فى العبيد لما ذكرنا أنه قد يقصد الفراش من الجوارى فاذا جاءت بولد يعير ولده بأمه بخلاف الغلام لانه يشترى للخدمة عادة والكفر فى الجارية والغلام عيب لان الطبع السليم ينفر عن صحبة الكافر (وأما) الاسلام فليس بعيب بأن اشترى نصرانى عبدا فوجده مسلما لان الاسلام زيادة والنكاح فى الجارية والغلام لان منافع البضع مملوكة للزوج والعبد يباع فى المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصانا فى ثمنهما والعدة من طلاق رجعى لا من طلاق بائن أو ثلاث لان الرجعى لا يوجب زوال الملك بخلاف البائن والثلاث واحتباس الحيضة فى الجارية البالغة مدة طويلة شهران فصاعدا والاستحاضة لان ارتفاع الحيض فى أوانه لا يكون الا لداء عادة وكذا استمرار الدم فى أيام الطهر والاحرام فى الجارية ليس بعيب لان المشترى يملك ازالته فان له ان يحللها والحرمة بالرضاع أو المصاهرة ليس بعيب فيها لان الجوارى لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام فى البيت وهذه الحرمة لا تقدح فى ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا وان لم يثبت به الا حرمة الاستمتاع لانه يخل بالاستخدام والثيابة فى الجارية ليس بعيب الا أن يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعدم الشرط والدين والجناية لانه يدفع بالجناية و يباع بالدين والجهل بالطبخ والخبز فى الجارية ليس بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن فى عادة التجار بل هو حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامه لا يكون عيبا الا أن يكون ذلك مشروطا فى العقد فيردها لفوات الشرط لا للعيب ولو كانت تحسن الطبخ والخبز فى يد البائع ثم نسيت فى يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا فى العقد لانها اذا كانت تحسن ذلك فى يد البائع وهى صفة مرغوبة تشترى لها الجارية عادة فالظاهر انه انما اشتراها رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك نصا وانعدام الختان فى الغلام والجارية اذا كانا مولودين كبيرين فان كانا مولودين صغيرين فليس بعيب لان الختان فى حالة الكبر فيه زيادة ألم وهذا الذى ذكر فى الجارية فى عرف بلادهم لانهم يختنون الجوارى فاما فى عرف ديارنا فالجارية لا تختن فعدم الختان فيها لا يكون عيبا أصلا وان كان الغلام كبيرا حربيا لا يكون عيبا لان فيه ضرورة لان أكثر الرقيق يؤتى به من دار الحرب وأهل الحرب لا ختان لهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضاق الامر على الناس ولان الختان اذا لم يكن من فعل أهل دار الحرب وعادتهم ومع ذلك اشتراه كان ذلك منه دلالة الرضا بالعيب والاباق والسرقة والبول فى الفراش والجنون لان كل واحد منها يوجب النقصان فى الثمن فى عادة التجار نقصانا فاحشا فكان عيبا الا أنه هل يشترط فى هذه العيوب الاربعة اتحاد الحالة وهل يشترط ثبوتها عند المشترى بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى والحنف مصدر الاحنف من الخيل وهو الذى احدى عينيه زرقاء والاخرى كحلاء والصدف مصدر الاصدف وهو الدابة التى يتدانى فخذاها و يتباعد حوافرها و يلتوى رسغاها والعزل مصدر الاعزل وهو من الدواب الذى يقع ذنبه من جانب عادة لا خلقة والمشش وهو ارتفاع العظم لا فة اصابته والجرد مصدر الاجرد وهو من الابل الذى أصابه انقطاع عصب من يده أو رجله فهو ينقصها اذا سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذى يقف ولا ينقاد للسائق ولا للقائد والجماح والجموح مصدر الجموح وهو أن يشتد الفرس فيغلب راكبه وخلع الرسن ظاهر و بل المخلاة كذلك والهشم فى الاوانى والصدع فى الحوائط والجذوع ونحوها من العيوب فأنواع العيوب فيها كثيرة لا وجه لذكرها ههنا كلها والتعويل فى الباب على عرف التجار فما نقص الثمن فى عرفهم فهو عيب يوجب الخيار ومالا فلا والله عز وجل أعلم وأما شرائط ثبوت الخيار (فمنها) ثبوت العيب عند البيع أو بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يثبت الخيار لان ثبوته لفوات صفة السلامة المشروطة فى العقد دلالة وقد حصلت السلعة سليمة فى يد المشترى (ومنها) ثبوته عند المشترى بعد ما قبض المبيع ولا يكتفى بالثبوت عند البائع لثبوت حق الرد فى جميع العيوب عند عامة المشايخ وقال بعضهم فيما سوى العيوب الاربعة من الاباق والسرقة والبول فى

الفراش والجنون فكذلك فأما في العيوب الاربعة فثبوتها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البائع كاف
و بعضهم فصل في العيوب الاربعة فقال لا يشترط في الجنون و يشترط في غيره من العيوب الثلاثة (وجه) قول من
فصل هذه العيوب الاربعة من سائرها في اعتبار هذا الشرط ان هذه العيوب عيوب لازمة لا زوال لها اذا ثبتت في
شخص الى أن يموت فثبوتها عند البائع يدل على بقائها عند المشتري فكان له حق الرد من غير أن يظهر عنده بخلاف
سائر العيوب فانها ليست بلازمة (وجه) قول من فرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة ان الجنون لفساد في
محل العقد وهو الدماغ وهذا مما لا زوال له عادة اذا ثبت ولهذا قال محمد ان الجنون عيب لازم بخلاف الاباق والبول في
الفراش انها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لزوال أسبابها (وجه) قول العامة قول محمد نصا في الجامع الصغير فانه
ذكر فيه أنه لا يثبت للمشتري حق الرد في هذه العيوب الاربعة الا بعد ثبوتها عنده فكان المعنى فيه ان الثابت عند
البائع محتمل الزوال قابل الارتفاع فاما ما سوى العيوب الاربعة فلا شك فيه وكذلك العيوب الاربعة لان حدوثها
في الذات للاسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة للزوال فكانت هي محتملة للزوال لاحتمال زوال أسبابها فان
بقيت يثبت حق الرد وان ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها عند المشتري ليعلم انها قائمة
وقول القائل الجنون اذا ثبت لا يزول عادة ممنوع فان المجنون قد يفيق و يزول جنونه بحيث لا يعود اليه فما لم يوجد
عند المشتري لا يعلم بقاؤه كما في الانواع الاخر الا أن الفرق بين الجنون وغيره من الانواع الثلاثة من وجه آخر وهو
ان هناك يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد وهو أن يكون وجودها عند البائع والمشتري في حالة الصغر أو في حال
الكبر حتى لو أبق أو سرق أو بال في الفراش عند البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يثبت له
حق الرد وفي الجنون اتحاد الحالة ليس بشرط وانما كان كذلك لان اختلاف الحال في العيوب الثلاث يوجب
اختلاف السبب لان السبب البول على الفراش في حال الصغر هو ضعف في المثانة وفي الكبر هو داء في الباطن
والسبب في الاباق والسرقة في الصغر هو الجهل وقلة التمييز وفي الكبر الشرارة وخبث الطبيعة واختلاف السبب
يوجب اختلاف الحكم فكان الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود في يد البائع فكان عيبا حادثا وانه يمنع
الرد بالعيب بخلاف الجنون لان سببه في الحالين واحد لا يختلف وهو فساد في محل العقل وهو الدماغ فكان الموجود
في حالة الكبر عين الموجود في حالة الصغر وهذا والله عز وجل أعلم معنى قول محمد في الكتاب الجنون عيب لازم أبدا
لا ما قاله أولئك والله عز وجل الموفق (ومنها) عقل الصبي في الاباق والسرقة والبول على الفراش حتى لو أبق أو
سرق أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم كان ذلك في يد المشتري وهو كذلك لا يثبت له حق الرد وهذا
اذا فعل ذلك في يد البائع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري بعد ما عقل لان الموجود في يد البائع ليس بعيب
ولا بد من وجود العيب في يده (ومنها) اتحاد الحال في العيوب الثلاثة فان اختلف لم يثبت حق الرد بان أبق أو سرق
أو بال على الفراش في يد البائع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لان اختلاف الحال دليل
اختلاف سبب العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب فكان الموجود بعد البلوغ عيبا
حادثا عند الرد والله عز وجل أعلم (ومنها) جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض فان كان عالما به عند أحدهما
فلا خيار له لان الاقدام على الشراء مع العلم بالعيب رضا به دلالة وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم علم بعده قبل القبض لان
تمام الصفقة متعلق بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد (ومنها) عدم اشتراط البراءة عن العيب في البيع
عندنا حتى لو شرط فلا خيار للمشتري لان شرط البراءة عن العيب في البيع عندنا صحيح فاذا أبرأه فقد أسقط حق
نفسه فصح الاسقاط فيسقط ضرورة ثم الكلام في البيع بشرط البراءة في الاصل في موضعين أحدهما في جوازه
والثاني في بيان ما يدخل تحت البراءة من العيب أما الكلام في جوازه فقد مر في موضعه وانما الحاجة ههنا الى بيان
ما يدخل تحت البراءة من العيب فنقول و بالله التوفيق البراءة لا تخلو اما ان كانت عامة بان قال بعت على اني بريء من

العيوب أوقال من كل عيب واما ان كانت خاصة بان قال من عيب كذا وسماه وكل ذلك لا يخلو من ثلاثة أوجه إما ان
قيد البراءة بعيب قائم حالة العقد واما ان أطلقها اطلاقا واما ان أضافها الى عيب يحدث فى المستقبل فان قيدها بعيب قائم
حالة العقد لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف سواء كانت البراءة عامة بان قال أبرأتك من كل
عيب به أو خاصة بان قال أبرأتك مما به من عيب كذا لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة
وان أطلقها اطلاقا دخل فيه القائم والحادث عند أبى يوسف وعند محمد لا يدخل فيه الحادث وله أن يرده وهو قول زفر
(وجه) قول محمد ان الابراء عن العيب يقتضى وجود العيب لان الابراء عن المعدوم لا يتصور والحادث لم يكن
موجودا عند البيع فلا يدخل تحت الابراء فلو دخل انما يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والابراء لا يحتمل
الاضافة لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولهذا لم يدخل الحادث عند الاضافة اليه نصا فعند الاطلاق أولى (وجه)
قول أبى يوسف ان لفظ الابراء يتناول الحادث نصا ودلالة (أما) النص فانه عم البراءة عن العيوب كلها أو خصها
بجنس من العيوب على الاطلاق نصا فتخصيصه أو تقييده بالموجود عند العقد لا يجوز الا بدليل (وأما) الدلالة
فهى ان غرض البائع من هذا الشرط هو انسداد طريق الرد ولا ينسد الا بدخول الحادث فكان داخلا فيه دلالة
(وأما) قول محمد ان هذا ابراء عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من وجهين أحدهما أن يقال هذا
ممنوع بل هو ابراء عن الثابت لكن تقديرا وبيانه من وجهين أحدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند
العقد ولهذا يثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا ان القبض حكم العقد فكان هذا ابراء عن حق
ثابت تقديرا والثانى ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان البيع يقتضى تسليم المعقود عليه سليما عن العيب فاذا
عجز عن تسليمه بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن فكان وجود تسليم المبيع سببا لثبوت حق الرد والبيع
سبب لوجود تسليم المبيع فكان ثبوت حق الرد بهذه الوسائط حكم البيع السابق والبيع سبب فكان هذا ابراء
عن حق الرد بعد وجود سببه وسبب الشىء اذا وجد يجعل هو ثبوتا تقديرا لاستحالة خلو الحكم عن السبب فكان
ابراء عن الثابت تقديرا ولهذا صح الابراء عن الجراحة لكون الجرح سبب السراية فكان ابراء عما يحدث من
الجرح تقديرا وكذا الابراء عن الاجرة قبل استيفاء المنفعة يصح وان كانت الاجرة لا تملك عندنا بنفس العقد لما
قلنا كذا هذا والثانى ان هذا ابراء عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح كالابراء عن
الجرح والابراء عن الاجرة على ما بينا بخلاف الابراء عن كل حق له أنه لا يتناول الحادث لان الحادث معدوم للحال
بنفسه وبسببه فلو انصرف اليه الابراء لكان ذلك ابراء عما ليس بثابت أصلا لا حقيقة ولا تقديرا لانعدام سبب
الحق فلم ينصرف اليه وقوله لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراءة بشرط أو الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا ابراء
عن حق ثابت وقت الابراء تقديرا لما بينا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا اضافة فيصح والله عز وجل أعلم وان
أضافها الى عيب حادث بان قال على أنى برىء من كل عيب يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان
الابراء لا يحتمل الاضافة لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل الاضافة
الى زمان فى المستقبل نصا كما لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا بيعا أدخل فيه شرطا فاسدا فيوجب فساد البيع
ولو اختلفا فى عيب فقال البائع هو كان موجودا عند العقد فدخل تحت البراءة وقال المشترى بل هو حادث لم يدخل
تحت البراءة فان كانت البراءة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول أبى يوسف لان العيب الحادث داخل تحت البراءة
المطلقة عنده فأما على قول محمد فالقول قول البائع مع يمينه وقال زفر والحسن بن زياد القول قول المشترى (وجه)
قولهما ان المشترى هو المبرى لان البراءة تستفاد من قبله فكان القول فيما أبرأ قوله (وجه) قول محمد ان البراءة عامة
والمشترى يدعى حق الرد بعد عموم البراءة عن حق الرد بالعيب والبائع ينكر فكان القول قوله كما لو أبرأه عن الدعاوى
كلها ثم ادعى شيأ مما فى يده وهو ينكر كان القول قوله دون المشترى لما قلنا كذا هذا ولو كانت مقيدة بعيب يكون

عند العقد فاختلف البائع والمشترى على نحو ما ذكرنا فالقول قول المشترى لان البراءة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا الموجود حالة العقد والمشترى يدعى العيب لأقرب الوقتين والبائع يدعيه لأبعدهما فكان الظاهر شاهدا للمشترى وهذا لان عدم العيب أصل والوجود عارض فكان احالة الموجود الى أقرب الوقتين أقرب الى الاصل والمشترى يدعى ذلك فكان القول قوله ولو اشترى عبدا وقبضه فساومه رجل فقال المشترى اشتره فانه لا عيب به ثم لم يتفق البيع بينهما ثم وجد المشترى به عيبا وأقام البينة على أن هذا العيب كان عند البائع فقال له البائع انك أقررت أنه لا عيب به فقد أكذبت شهودك لا يبطل بهذا الكلام حقه فى الرد بالعيب وله أن يرده لان مثل هذا الكلام فى المتعارف لا يراد به حقيقة وانما يذكر لترويج السلعة ولان ظاهره كذب لانه نفى عنه العيوب كلها والآدمى لا يخلو عن عيب فالتحق بالعدم وصار كانه لم يتكلم به ولو عين نوعا من العيوب بان قال اشتره فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا وأراد الرد فان كان ذلك نوعا آخر سوى النوع الذى عينه له أن يرده لانه لا اقرار منه بهذا النوع وان كان من النوع الذى عين ينظر ان كان مما يحدث مثله فى مثل تلك المدة ليس له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق فى المتعارف لا ترويج السلعة فصار مناقضا ولان الآدمى يخلو عن عيب معين فلم يتعين بكذبه وان كان مما لا يحدث مثله فى مثل تلك المدة له حق الرد لانا تيقنا بكذبه حقيقة فالتحق كلامه بالعدم ولو أبرأه عن عيب واحد شجة أو جرح فوجد شجتين أو جرحين فعلى قول أبى يوسف الخيار للبائع يبرأ من أيهما شاء وعلى قول محمد الخيار للمشترى يرد أيهما شاء وفائدة هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع الرد باعتراض أسباب الامتناع من هلاك المبيع أو حدوث عيب آخر فى يد المشترى أو غير ذلك من الاسباب المانعة من الرد وأراد الرجوع بنقصان العيب فأما عند امكان الرد فلا تظهر فائدة فى هذا الاختلاف (وجه) قول محمد ان الابراء يستفاد من قبل المشترى والاجمال جاء من قبله حيث أطلق البراءة الى شجة واحدة غير عين واذا كان الاجمال منه كان البيان اليه (وجه) قول أبى يوسف ان الابراء وان كان من المشترى لكن منفعة الابراء عائدة الى البائع فصار كان المشترى فوض التعيين اليه فكان الخيار له ولو أبرأه من كل داء روى الحسن عن أبى حنيفة انه يقع عن الباطن لان الظاهر يسمى مرضا لا داء وروى عن أبى يوسف انه يقع عن الظاهر والباطن جميعا لان الكل داء ولو أبرأه من كل غائلة فهى على السرقة والاباق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما يعده التجار عيبا كذا روى عن أبى يوسف لان الغائلة هى الجناية وهى التى تكتب فى عهدة المماليك لا داء ولا غائلة على ما كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم حينما اشترى عبدا أو أمة وهذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من القد بن خالد بن هوذة عبدا أو أمة لا داء به ولا غائلة بيع المسلم من المسلم والله عز وجل أعلم (وأما) طريق اثبات العيب فلا يمكن الوصول الى معرفة أقسام العيوب لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول وبالله التوفيق العيب لا يخلو (اما) أن يكون ظاهرا شاهدا يقف عليه كل أحد كالاصبع الزائدة والناقصة والسن الشاغية والساقطة وبياض العين والعور والقروح والشجاج ونحوها (واما) أن يكون باطنا خفيا لا يقف عليه الا الخواص من الناس وهم الاطباء والبياطرة (واما) أن يكون مما لا يقف عليه الا النساء بان كان على فرج الجارية أو مواضع العورة منها واما أن يكون مما لا يقف عليه النساء بان كان داخل الفرج واما أن يكون مما لا يقف عليه الا الجارية المشتراة كارتفاع الحيض والاستحاضة واما أن يكون مما لا يوقف عليه الا بالتجربة والامتحان عند الخصومة كالاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون والمشترى لا يخلو اما أن يريد اثبات كون العيب فى يده للحال واما أن يريد اثبات كونه فى يد البائع عند البيع والقبض فان أراد اثبات كونه للحال فان كان يوقف عليه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضى أو أمينه لان العيان لا يحتاج الى البيان وان كان لا يقف عليه الا الاطباء والبياطرة فيثبت لقوله عز وجل فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم فى هذا الباب من أهل الذكر فيسئلون وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخى فى مختصره انه يشترط فلا يثبت الا بقول اثنين منهم من أهل

الشهادة وهكذا ذكر القاضى الاسبيجابى فى شرحه مختصر الطحاوى وذكر شيخى الامام الزاهد علاء الدين محمد ابن أحمد السمرقندى رحمه الله فى بعض مصنفاته انه ليس بشرط و يثبت بقول مسلم عدل منهم وكذا ذكر الشيخ الامام الزاهد أبو المعين فى الجامع الكبير من تصانيفه (وجه) هذا القول ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضاء وانما تصح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها العدد وهذا لان شرط العدد فى الشهادة ثبت تعبدا غير معقول المعنى لان رجحان جانب الصدق على جانب الكذب فى خبر المسلم لا يقف على عدد بل يثبت بنفس العدالة الا أن الشرع ورد به تعبدا فيراعى فيه مورد التعبد وهو شهادة يتصل بها القضاء وهذه شهادة لا يتصل بها القضاء فبقيت على أصل القياس وحجة القول الاول النصوص المقتضية لاعتبار العدد فى عموم الشهادة والمعقول الذى ذكرناه فى كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كان لا يتصل بها القضاء لكنها من ضرورات القضاء لا وجود للقضاء بدونها ألا ترى انه ما لم يثبت العيب عند البائع والمشترى فالقاضى لا يقضى بالرد فكان من ضرورات القضاء فيشترط فيها العدد كما يشترط فى الشهادة على اثبات العيب عند البائع وان كان مما لا يطلع عليه الا النساء فالقاضى يريهن ذلك لقوله عز وجل فاسئلوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والنساء فيما لا يطلع عليه الرجال أهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل يكتفى بقول امرأة واحدة عدل والثنتان أحوط لان قولها فيما لا يطلع عليه الرجال حجة فى الشرع كشهادة القابلة فى النسب لكن لا بد من العدالة لان هذا يرجح جانب الصدق على جانب الكذب فى الخبر ولا يثبت بقول المشترى وان كان يطلع عليه لان النظر الى موضع العيب مباح له لانه متهم فى هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة النظر ثابتة لهن حالة الضرورة على ما ذكرنا فى كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما لا يطلع عليه الا النساء لما قلنا وان كان لا يطلع عليه الا الجارية المشتراة فلا يثبت بقولها لكونها متهمة وان كان فى داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه أصلا فكان الطريق فى هذين النوعين هو استحلاف البائع بالله عز وجل ليس به للحال هذا العيب (وأما) الاباق والسرقة والبول فى الفراش والجنون فلا يثبت الا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان هذا مما لا يوقف عليه الا بالخبر ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما فى سائر الشهادات فان لم يقم للمشترى حجة على اثبات العيب للحال فى هذه العيوب الاربعة هل يستحلف البائع لم يذكر فى الاصل وذكر فى الجامع انه يستحلف فى قول أبى يوسف ومحمد وسكت عن قول أبى حنيفة عن المشايخ من قال يستحلف بلا خلاف بينهم والتنصيص على قولهما لا يدل على ان أبا حنيفة مخالفهما ومنهم من قال المسئلة على الاختلاف ذكرت فى النوادر وذكر الطحاوى أيضا ان عند أبى حنيفة لا يستحلف وعندهما يستحلف (وجه) قولهما ان المشترى يدعى حق الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه وطريق الاثبات البينة أو نكول البائع فاذا لم تقم له بينة يستحلف لينكل البائع فيثبت العيب عند نفسه ولهذا يستحلف عند عدم البينة على اثبات العيب عند البائع كذا هذا ولابى حنيفة ان الاستحلاف يكون عقيب الدعوى على البائع ولا دعوى له على البائع الا بعد ثبوت العيب عند نفسه ولم يثبت فلم تثبت دعواه على البائع فلا يستحلف وقولهما له طريق الاثبات وهو النكول قلنا النكول بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى يمنع الاستحلاف لان استحلاف البائع فى هذه العيوب على العلم لا على البتات بالله ما يعلم ان هذا العبد أبق عند المشترى ولا سرق ولا بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات لانه حلف على غير فعله ومن حلف على غير فعله يحلف على العلم لانه لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه يحلف على البتات أصله خبر المثنوى فان حلف لم يثبت العيب عند المشترى وان نكل يثبت عنده فيحتاج الى الاثبات عنده واذا أراد اثبات العيب عند البائع فينظر ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث أصلا كالاصبع الزائدة ونحوها أو لا يحتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها ثبت كونه عند البائع بثبوت كونه عند المشترى لانه اذا لم يحتمل الحدوث أو لا يحتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة فقد تيقنا بكونه عند البائع وان كان مما يحتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة لا يكتفى بثبوت كونه عند

المشترى بل يحتاج المشترى الى اثبات كونه عند البائع لانه اذا احتمل حدوث مثله فى مثل تلك المدة احتمل أنه لم يكن عند البائع وحدث عند المشترى فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من اثباته عند البائع بالبينة وهى شهادة رجلين أو رجل وامرأتين طيبتين كانا أوغير طيبتين وانما شرط العدد فى هذه الشهادة لانها شهادة يقضى بها على الخصم فكان العدد فيها شرطا كسائر الشهادات التى يقضى بها على الخصوم و روى عن أبى يوسف ان فيما لا يطلع عليه الا النساء يرد بثبوته عند المشترى ولا يحتاج الى الاثبات عند البائع والمشهور من مذهب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله انه لا يكتفى بالثبوت عند المشترى بل لا بد من اثباته عند البائع وهو الصحيح لان قول النساء فى هذا الباب حجة ضرورة والضرورة فى القبول فى حق ثبوته عند المشترى لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند البائع لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما فى حق توجه الخصومة لان حق الرد على البائع واذا كان الثبوت عند البائع فيما يحدث مثله شرطا لثبوت حق الرد فيقول القاضى هل كان هذا العيب عندك فان قال نعم رد عليه الا أن يدعى الرضا أو الابراء وان قال لا كان القول قوله الا أن يقيم المشترى البينة لان المشترى يدعى عليه حق الرد وهو ينكر فان أقام المشترى البينة على ذلك رده على البائع الا أن يدعى البائع الدفع أو الابراء و يقيم البينة على ذلك فتندفع دعوى المشترى وان لم يكن له بينة فطلب يمين المشترى حلفه القاضى بالله سبحانه وتعالى مارضى بهذا العيب والا ابرأه عنه ولا عرضه على البيع منذ رآه وان لم يدع الدفع بالرضا والابراء فان القاضى يقضى بفسخ العقد ولا يستحلف المشترى على الرضا والابراء والعرض على البيع عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف لا يفسخ مالم يستحلفه بالله تعالى مارضى بهذا العيب ولا أبرأه عنه ولا عرضه على البيع بعدما علم به من العيب (وجه) قول أبى يوسف ان القاضى لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف فمن الجائز أن يدعى البائع على المشترى بالدفع بدعوى الرضا والابراء بعد القضاء بالفسخ و يقيم البينة عليه فيفسخ قضاؤه فكان الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة للقضاء عن النقض وانه واجب (وجه) قولهما ان البائع اذا لم يطلب يمين المشترى فتحليف القاضى من غير طلب الخصم انشاء الخصومة والقاضى نصب لقطع الخصومة لا لانشائها وقول أبى يوسف ان فى هذا صيانة قضاء القاضى عن الفسخ فنقول الصيانة حاصلة بدونه لان الظاهر ان البائع لم يعلم بوجود الرضا من المشترى اذ لو علم لادعى الدفع بدعوى ولما سكت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر له الرضا من المشترى فلا يدعى الدفع بعد ذلك وان لم يقم المشترى بينة على اثبات العيب عند البائع وطلب المشترى يمينه ففيما سوى العيوب الاربعة يستحلف على البتات بالله تعالى لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب وانما يجمع بين البيع والتسليم فى الاستحلاف لان الاقتصار على البيع يوجب بطلان حق المشترى فى بعض الاحوال لجواز أن يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط هو الجمع بينهما ومنهم من قال لا احتياط فى هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه فمن الجائز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون البائع صادقا فى يمينه لان شرط حنثه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعا فلا يحنث بوجوده فى أحدهما فيبطل حق المشترى فكان الاحتياط فى هذا الاستحلاف على حاصل الدعوى بالله عز وجل ماله حق الرد بهذا العيب الذى ذكره ومنهم من قال يستحلف بالله تعالى لقد سلمته وما به هذا العيب الذى يدعى وهو صحيح لانه يدخل فيه الموجود عند البيع والحادث قبل التسليم وانما لم يستحلف على البتات لانه استحلف على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا حلف فان حلف برئ ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه و يفسخ العقد الا اذا ادعى البائع على المشترى الرضا بالعيب أو الابراء عنه أو العرض على البيع بعد العلم به و يقيم البينة فيبرأ ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة وطلب تحليف المشترى يحلف عليه وان لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف على ماتقدم (وأما) فى العيوب الاربعة ففى الثلاثة منها وهى الاباق والسرقة والبول فى الفراش يستحلف بالله تعالى ما أبق عندك منذ بلغ مبلغ الرجال وفى الجنون بالله عز وجل ماجن عندك قط وانما اختلفت هذه العيوب فى كيفية

الاستحلاف لماذكرنا فيما تقدم ان اتحاد الحالة فى العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط فى الجنون بل هو عيب لازم أبدا وأما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته فالمبيع لا يخلو اما أن يكون فى يد البائع أو فى يد المشترى فان كان فى يد البائع ينفسخ البيع بقول المشترى رددت ولا يحتاج الى قضاء القاضى ولا الى التراضى بالاجماع وان كان فى يد المشترى لا ينفسخ الا بقضاء القاضى أو بالتراضى عندنا وعند الشافعى رحمه الله ينفسخ بقوله رددت من غير الحاجة الى القضاء ولا الى رضا البائع وأجمعوا على ان الرد بخيار الشرط يصح من غير قضاء ولا رضاء وكذلك الرد بخيار الرؤية متصلا بلا خلاف بين أصحابنا (وجه) قول الشافعى رحمه الله ان هذا نوع فسخ فلا تفتقر صحته الى القضاء ولا الى الرضا كالفسخ بخيار الشرط بالاجماع وبخيار الرؤية على أصلكم ولهذا لم يفتقر اليه قبل القبض وكذا بعده (ولنا) ان الصفقة تمت بالقبض وأحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة بعد تمامها كالاقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب العقد لانه يرفع العقد ثم العقد لا ينعقد بأحد العاقدين فلا ينفسخ بأحدهما من غير رضا الآخر ومن غير قضاء القاضى بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة قبل القبض ليست بتامة بل تمامها بالقبض فكان بمنزلة القبول كانه لم يسترد بخلاف الرد بخيار الشرط لان الصفقة غير منعقدة فى حق الحكم مع بقاء الخيار فكان الرد فى معنى الدفع والامتناع من القبول وبخلاف الرد بخيار الرؤية لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه أوجب خللا فى الرضا فكان الرد كالدفع أما ههنا فالصفقة قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضاء أو الرضا والله عز وجل أعلم وأما بيان من تلزمه الخصومة فى العيب فنقول وبالله التوفيق الخصومة فى البيع تلزم البائع سواء كان حكم العقد له أو لغيره بعد ان كان من أهل ان تلزمه الخصومة الا القاضى أو أمينه كالوكيل والمضارب والشريك والمكاتب والمأذون والاب والوصى لان الخصومة فى العيب من حقوق العقد وحقوق العقد فى هذا الباب راجعة الى العاقد اذا كان أهلا فان لم يكن بان كان صبيا أو محجورا أو عبدا محجورا فالخصومة لا تلزمه وانما تلزم الموكل على ماذكرنا فى كتاب الوكالة وأما القاضى أو أمينه فالخصومة لا تلزمه لان الولاية للقاضى انما ثبتت شرعا نظرا لمن وقع له العقد فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفا من لزوم العهدة فكان القاضى فى هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل فى باب النكاح وما يلزم الوكيل من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والمأذون لا يرجعان على المولى لان الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النائب كتصرف المنوب عنه وأما المكاتب والمأذون فانما يتصرفان بطريق الاصالة لانفسهما لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الاذن فك الحجر وازالة المانع فاذا زال الحجر بالاذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقدا لنفسه لا لمولاه والذى يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقدا لنفسه كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له أن يرده على موكله فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه (اما) أن يرده عليه ببينة قامت على العيب واما أن يرده عليه بنكوله واما أن يرده عليه باقراره بالعيب فان رده عليه ببينة قامت على العيب يرده على الموكل لان البينة حجة مطلقة وهو نائب عنه فيلزم الموكل وان رده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطرا ملجأ اليه ألا ترى انه لا يملكه فى الخصومة وانما جاء هذا الاضطرار من ناحية الموكل لانه هو الذى أوقعه فيه فكان مضافا اليه وان رده عليه باقراره بالعيب ينظر ان كان عيبا لا يحدث مثله يرد على الموكل لانه علم بثبوته عند البيع بيقين وأما ان كان عيبا يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة فان كان رد عليه بقضاء القاضى باقراره لا يرد لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة قاصرة فكان حجة فى حقه خاصة لا فى حق موكله وان رد عليه بغير قضاء لزم الوكيل خاصة سواء كان العيب يحدث مثله أو لا يحدث مثله لان الرد بغير قضاء وان كان فسخا فى حق العاقدين فهو بيع جديد فى حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كما لو اشتراه فاما المضارب والشريك فبقبولهما يلزم رب المال والشريك الآخر لان حكم شركتهما تلزمهما بخلاف الوكيل والله عز وجل أعلم وأما بيان ما يمنع الرد بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله التوفيق الرد يمتنع بأسباب (منها)

الرضا بالعيب بعد العلم به لان حق الرد لفوات السلامة المشروطة فى العقد دلالة ولما رضى بالعيب بعد العلم به دل انه ماشرط السلامة ولانه ثبت نظرا للمشترى دفعا للضرر عنه فاذا رضى بالعيب فلم ينظر لنفسه و رضى بالضرر ثم الرضا نوعان صريح وماهو فى معنى الصريح ودلالة أما الاول فنحو قوله رضيت بالعيب أو أجزت هذا البيع أو أوجبته وما يجرى هذا المجرى وأما الثانى فهو أن يوجد من المشترى بعد العلم بالعيب تصرف فى المبيع يدل على الرضا بالعيب نحو ما اذا كان ثوبا فصبغه أو قطعه أوسويقا فلته بسمن أو أرضا فبنى عليها أو حنطة فطحنها أو لحما فشواه ونحو ذلك أو تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه وهو عالم بالعيب أو ليس بعالم أو باعه المشترى أو وهبه وسلمه أو أعتقه أو كاتبه أو دبره أو استولده لان الاقدام على هذه التصرفات مع العلم بالعيب دليل الرضا بالعيب و يكون العلم بالعيب وكل ذلك يبطل حق الرد ولو باعه المشترى ثم رد عليه بعيب فان كان قبل القبض له أن يرده على بائعه سواء كان الرد بقضاء القاضى أو بالتراضى بالاجماع وان كان بعد القبض فان كان بقضاء القاضى له أن يرده على بائعه بلا خلاف وان كان قبله البائع بغير قضاء ليس له أن يرده عندنا وعند الشافعى رحمه الله له أن يرده (وجه) قوله ان المانع من الرد خروج السلعة عن ملكه فاذا عادت اليه فقد زال المانع وصار كانه لم يخرج ولهذا اذا رد عليه بقضاء له أن يرده على بائعه وكذا اذا رد عليه بخيار شرط أو بخيار رؤية على أصلكم (ولنا) ان القبول بغير قضاء فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق غيرهما فصار كما لو عاد اليه بشراء ولو اشتراه لم يملك الرد على بائعه كذا هذا والدليل على أن القبول بغير قضاء بيع جديد فى حق غير العاقدين ان معنى البيع موجود فكان شبهة الشراء قائمة فكان الرد عند التراضى بيعا لوجود معنى البيع فيه الا أنه أعطى له حكم الفسخ فى حق العاقدين فبقى بيعا جديدا فى حق غيرهما بمنزلة الشراء المبتدأ ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضاء القاضى لانه لم يوجد فيه معنى البيع أصلا لانعدام التراضى فكان فسخا والفسخ رفع العقد من الاصل وجعله كان لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة و بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة لاتتم لها قبل القبض ألاترى ان حدوث العيب قبل القبض كوجوده قبل البيع فكان الرد قبل القبض فى معنى الامتناع عن القبول كان المشترى رد ايجاب البائع ولم يقبله ولهذا لم يفتقر الرد قبل القبض الى القاضى وبخلاف ما اذا رد عليه بخيار شرط أو رؤية انه يرده على بائعه لان معنى البيع لم يوجد فى هذا الرد ألاترى انه يرد على بائعه من غير رضاه فكان فسخا ورفعا للعقد من الاصل كأنه لم يكن وكذا لو وطئ الجارية المشتراة أو لمسها لشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون العلم بالعيب وقال الشافعى رحمه الله ان كانت الجارية بكرا فوطئها المشترى فكذلك وأما اذا كانت ثيبا فوطئها بدون العلم بالعيب لاتمنع الرد بالعيب وستأتى المسئلة ان شاء الله تعالى ولو قبلت الجارية المشترى لشهوة فقد مر تفصيل الكلام فيه فى شرط الخيار ولو استخدم المشترى بعد ما علم بالعيب فالقياس أن يسقط خياره وفى الاستحسان لايسقط وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان فى خيار الشرط ولو كان المشترى دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها لحاجة نفسه يسقط خياره وان ركبها ليسقيها أو ليردها على البائع أو ليشترى لها علفا ففيه قياس واستحسان كما فى الاستخدام وقد ذكرنا ذلك فى خيار الشرط ولو ركبها لينظر الى سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط خياره وفى شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم فى خيار الشرط وكذا لو اشترى ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر الى طوله وعرضه بطل خياره وفى خيار الشرط لا يبطل (ووجه) الفرق بينهما قد ذكرناه فى شرط الخيار وان كان المشترى دارا فسكنها بعد ما علم بالعيب أو رم منها شيأ أو هدم يسقط خياره وذكر فى بعض شروح مختصر الطحاوى فى السكنى روايتان والحاصل ان كل تصرف يوجد من المشترى فى المشترى بعد العلم بالعيب يدل على الرضا بالعيب يسقط الخيار و يلزم البيع والله عز وجل أعلم (ومنها) اسقاط الخيار صريحا أوماهو فى معنى الصريح نحو أن يقول المشترى أسقطت الخيار أو أبطلته أو ألزمت البيع أو أوجبته وما يجرى هذا المجرى لان خيار العيب حقه والانسان بسبيل من التصرف فى حقه استيفاء واسقاطا (ومنها) ابراء المشترى عن

العيب

العيب لان الابراء اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار حقه والمحل قابل للسقوط ألا ترى كيف احتمل السقوط بالاسقاط صريحاً فاذا أسقطه يسقط ( ومنها ) هلاك المبيع لفوات محل الرد ( ومنها ) نقصانه وجملة الكلام فيه ان نقصان المبيع لا يخلو اما أن يكون قبل القبض واما أن يكون بعده وكل ذلك لا يخلو اما أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل البائع أو بفعل المبيع أو بفعل أجنبي فان كان قبل القبض بآفة سماوية أو بفعل المبيع فهذا وما اذا لم يكن به عيب سواء وقد ذكرنا حكمه فى بيع البات فيما تقدم ان المشترى بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان قدر فان شاء أخذ الباقى بحصته من الثمن وان شاء ترك وان كان نقصان وصف فان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لما ذكرنا هنالك وان كان بفعل البائع فكذلك الجواب فيه وفيما اذا لم يكن به عيب سواء وهو ان المشترى بالخيار ان شاء أخذه وطرح عنه قدر النقصان الذى حصل بفعل البائع من الثمن وان شاء ترك كما اذا لم يجد به عيبا وان كان بفعل المشترى لا خيار له و يصير قابضاً بالجناية و يتقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيباً كان عند البائع على ما ذكرنا فيما تقدم وان وجد عيباً كان عند البائع فان شاء رجع بنقصان العيب وان شاء رضى به وان قال البائع انا آخذه مع النقصان ليس للمشترى أن يحبسه و يرجع عليه بالنقصان بل يرده عليه و يسقط جميع الثمن وسنذكر الاصل فى جنس هذه المسائل فى بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع هذا اذا لم يوجد من البائع منع المبيع لاستيفا الثمن بعد ما صار المشترى قابضا بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك ثم وجد المشترى به عيبا له أن يرده على البائع و يسقط عن المشترى جميع الثمن لانه بالمنع صار مستردا للمبيع ناقضا ذلك القبض فانتقض وجعل كان لم يكن له فكان حق الرد على البائع و يسقط عنه جميع الثمن الا قدر ما نقص بفعله وان كان بفعل اجنبي فالمشترى بالخيار ان شاء رضى به بجميع الثمن واتبع الجانى بالارش وان شاء ترك و يسقط عنه جميع الثمن واتبع البائع الجانى بالارش كما اذا لم يجد المشترى بها عيباً هذا اذا حدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيباً فاما اذا احدث بعد القبض ثم وجد به عيباً فان حدث بآفة سماوية أو بفعل المبيع أو بفعل المشترى لم يكن له أن يرده بالعيب عند عامة العلماء وقال مالك رحمه الله له أن يرده و يرد معه ارش العيب الحادث ( وجه ) قوله ان حق الرد بالعيب ثبت نظرا للمشترى فلو امتنع انما يمتنع نظرا للبائع والمشترى باستحقاق النظر أولى من البائع لانه لم يدلس العيب والبائع قد دلس (ولنا) ان شرط الرد أن يكون المردود عند الرد على الصفة التى كان عليها عند القبض ولم يوجد لانه خرج عن ملك البائع معيباً بعيب واحد و يعود على ملكه معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد فلا يرد ولو كان المبيع جارية فوطئها المشترى ثم اطلع على عيب بها فان كانت بكرا لم يردها بالاجماع وان كانت ثيبا فكذلك عندنا وقال الشافعى رحمه ترد (وجه) قوله انه وجد سبب ثبوت حق الرد مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا الحكم ( أما ) السبب فهو العيب وقد وجد (وأما) الشرط فهو أن يكون المردود وقت الرد كما كان وقت القبض وقد وجد لان الوطء لا يوجب نقصان العين اذ هو استيفاء منافع البضع فاشبه الاستخدام بخلاف وطء البكر لان العذرة عضو منها وقد أزالها بالوطء ولنا ان منافع البضع لها حكم الاجزاء والاعيان بدليل أنها مضمونة بالعين وغير العين لا يضمن بالعين هو الاصل واذ قام الدليل على ان المنافع لا تضمن بالاتلاف عندنا أصلا فكان استيفاؤها فى حكم اتلاف الاجزاء والاعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما اذا قطع طرفا منها وكما فى وطء البكر بخلاف الاستخدام لانه استيفاء منفعة محضة ما لها حكم الجزء والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد رفع من الاصل من كل وجه أو من وجه فتبين ان الوطء صادف ملك البائع من كل وجه أو من وجه وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام وانه واجب وعلى هذا يخرج ما قاله أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا اشترى رجلان شيأ ثم اطلعا على عيب به كان عند البائع أنه لا ينفرد أحدهما بالفسخ دون صاحبه وعند أبى يوسف ومحمد ينفرد أحدهما بالفسخ وعلى هذا الخلاف لو اشتريا شيأ على أنهما بالخيار فيه ثلاثة أيام أو اشتريا شيأ لم يرياه ( وجه ) قولهما انه رد المشترى كما اشترى فيصح كما اذا اشترى عبدا على أنه بالخيار فى نصفه ثلاثة أيام فرد النصف ودلالة الوصف انه اشترى النصف لانهما لما اشتريا العبد جملة

واحدة كان كل واحد منهما مشتريا نصفه وقد رد النصف فقد رد ما اشترى كما اشترى ولابى حنيفة رحمه الله انه لم يوجد شرط الرد وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على أنه لم يوجد شرط الرد أن الشرط أن يكون المردود على الوصف الذى كان مقبوضاً ولم يوجد لانه قبضه غير معيب بعيب زائد فلو رده لرده وهو معيب بعيب زائد وهو عيب الشركة لان الشركة فى الاعيان عيب لان نصف العين لا يشترى بالثمن الذى يشترى به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد رد ما اشترى كما اشترى فلا يصح الرد دفعاً للضرر عن البائع ولهذا لو أوجب البائع البيع فى عبد لاثنين فقبل أحدهما دون الآخر لم يصح لان البائع لم يرض بزوال ملكه الاعن الجملة فاذا قبل أحدهما دون الآخر فقد فرق الصفقة على البائع فلم يصح دفعا للضرر عنه كذا هذا وكذلك لو كان النقصان بفعل أجنبي أو بفعل البائع بان قطع يده ووجب الارش او كانت جارية فوطئها ووجب العقر لم يكن له ان يرد بالعيب لما قلنا ولمعنى آخر يختص به وهو ان النقصان بفعل الاجنبي أو بفعل البائع يؤخذ الارش والعقر للمشترى وأنه زيادة ولهذا يمنع الرد بالعيب على ما سنذكره ان شاء الله تعالى ولو اشترى مأكولا فى جوفه كالبطيخ والجوز والقثاء والخيار والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجده فاسداً فهذا فى الاصل لا يخلو عن أحد وجهين اما ان وجده كله فاسدا واما ان وجد البعض فاسدا والبعض صحيحا فان وجده كله فاسداً فان كان مما لا ينتفع به أصلا فالمشترى يرجع على البائع بجميع الثمن لانه تبين ان البيع وقع باطلا لانه بيع ما ليس بمال و بيع ما ليس بمال لا ينعقد كما اذا اشترى عبداً ثم تبين أنه حر وان كان مما يمكن الانتفاع به فى الجملة ليس له ان يرده بالعيب عندنا وعند الشافعى رحمه الله له أن يرده (وجه) قوله انه لما باعه منه فقد سلطه على الكسر فكان الكسر حاصلا بتسليط البائع فلا يمنع الرد ولنا ما ذكرنا فيما تقدم ان شرط الرد أن يكون المردود وقت الرد على الوصف الذى كان عليه وقت القبض ولم يوجد لانه تعيب بعيب زائد بالكسر فلو رد عليه لرده معيباً بعيبين فانعدم شرط الرد وأما قوله البائع سلطه على الكسر فنعم لكن بمعنى انه مكنه من الكسر باثبات الملك له فيكون هو بالكسر متصرفا فى ملك نفسه لا فى ملك البائع بامره ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكسر وان وجد بعضه فاسدا دون البعض ينظر ان كان الفاسد كثيرا يرجع على البائع بجميع الثمن لانه ظهر ان البيع وقع فى القدر الفاسد باطلا لانه تبين انه ليس بمال واذا بطل فى ذلك القدر يفسد فى الباقى كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وان كان قليلا فكذلك فى القياس وفى الاستحسان صح البيع فى الكل وليس له أن يرد ولا ان يرجع فيه بشىء لان قليل الفساد فيه مما لا يمكن التحرز عنه اذ هذه الاشياء فى العادات لا تخلو عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلتحق ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا من فصل تفصيلا آخر فقال اذا وجد كله فاسداً فان لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل لانه تبين انه باع ما ليس بمال وان كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه فالبيع لا يبطل لانه اذا كان لقشره قيمة كان القشر مالا ولكن البائع بالخيار ان شاء رضى به ناقصاً وقبل قشره ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل لانه تعيب بعيب زائد ورد على المشترى حصة المعيب جبرا لحقه وان وجد بعضه فاسدا فعلى هذا التفصيل أيضاً لانه ان لم يكن لقشره قيمة رجع على البائع بحصته من الثمن وان كان لقشره قيمة رجع بحصة العيب دون القشر اعتبارا للبعض بالكل الا اذا كان الفاسد منه قليلا قدر ما لا يخلو مثله عن مثله فلا يرد ولا يرجع بشىء والله عز وجل أعلم (ومنها) الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد القبض وجملة الكلام فى الزيادة أنها لا تخلو اما ان حدثت قبل القبض واما ان حدثت بعده وكل واحدة من الزيادتين لا تخلو من أن تكون متصلة أو منفصلة والمتصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الاصل كالحسن والجمال والكبر والسمن والسمع والانجلاء بياض احدى العينين ونحو ذلك أو غير متولدة منه كالصبغ فى الثوب والسمن أو العسل الملتوت بالسويق والبناء فى الارض ونحوها وكذلك المنفصلة لا تخلو من أن تكون متولدة من الاصل كالولد والثمرة واللبن ونحوها أو غير متولدة من الاصل كالكسب والصدقة والغلة والبيع لا يخلو اما ان يكون صحيحاً أو فاسدا (أما) الزيادة فى البيع الفاسد فحكمها نذكره فى بيان حكم البيع الفاسد ان شاء الله تعالى (وأما) فى البيع الصحيح فان حدثت الزيادة قبل القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل

فانهالا تمنع الردبالعيب لان هذه الزيادة تابعة للاصــل حقيقة لقيامها بالاصل فكانت مبيعة تبعاً والاصل ان ما كان تابعاً فى العقد يكون تابعاً فى الفسخ لان الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد فى الاصــل بالفسخ فيه مقصوداً و ينفسخ فى الزيادة تبعاً للانفساخ فى الاصــل وان كانت متصلة غير متولدة من الاصــل فانها تمنع الردبالعيب لان هذه الزيادة ليست بتابعة بل هى أصل بنفسها ألا ترى أنه لا يثبت حكم البيع فيها أصلا ورأساً فلورد المبيع لكان لا يخلو اما ان يرده وحــده بدون الزيادة واما أن يرده مع الزيادة لا سبيل الى الاول لانه متعذر لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثانى لان الزيادة ليست بتابعة فى العقد فلا تكون تابعة فى الفسخ ولان المشترى صار قابضاً للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار كانها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد القبض يمنع الرد بالعيب والله عز وجل أعلم وان كانت منفصلة متولدة من الاصل لا تمنع الرد فان شاء المشترى ردهما جميعاً وان شاء رضى بهما بجميع الثمن بخلاف ما بعد القبض عندنا انها تمنع الرد بالعيب وسنذكر الفرق ان شاء الله تعالى ولو لم يجد بالاصــل عيباً ولكن وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لان هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعاً والمبيع تبعاً لا يحتمل فسخ العقد فيه مقصوداً الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما يوجب نقصاناً فى المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان ولو قبض الاصل والزيادة جميعاً ثم وجد بالاصل عيبا له ان يرده خاصة بحصته من الثمن بعــد ما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت القبض لان الزيادة انما تأخذ قسطاً من الثمن بالقبض كذلك يعتبر قبضها وقت القبض ولو لم يجد بالاصل عيباً ولكنه وجد بالزيادة عيبا فله أن يردها خاصة بحصتها من الثمن لانه صار لها حصة من الثمن بالقبض فيردها بحصتها من الثمن فان كانت الزيادة منفصلة من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة لانعدام ثبوت حكم البيع فيها وانما هى مملوكة بسبب على حدة أو بملك الاصل فبالرد ينفسخ العقد فى الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك فيه مقصوداً أو بملك الاصل لا بالبيع فكانت ربحاً لا ربا لاختصاص الربا بالبيع لانه فضل مال قصد استحقاقه بالبيع فى عرف الشرع ولم يوجد ثم اذا رد الاصل فالزيادة تكون للمشترى بغير ثمن عند أبى حنيفة لكنها لا تطيب له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح ما لم يضمن فلا تطيب وعند أبى يوسف ومحمد الزيادة تكون للبائع لكنها لا تطيب له وهذا اذا اختار المشترى الرد بالعيب فان رضى بالعيب واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لانها ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولانها زيادة لا يقابلها عوض فى عقــد البيع وأنه تفسير الربا ولو قبض المشترى المبيع مع هذه الزيادة ثم وجد بالمبيع عيباً فان كانت الزيادة هالكة له أن يرد المبيع خاصة بجميع الثمن بلا خلاف وان كانت قائمة فكذا عند أبى حنيفه وعند أبى يوسف ومحمد يرد معه الزيادة (وجه) قولهما ان هذه زيادة حدثت قبل القبض فيردها مع الاصل ولابى حنيفة ان هذه الزيادة لا تتبع الاصــل فى حكم العقد فلا تتبعه فى حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة عيباً ليس له أن يردها لانه لا حصة لهذه الزيادة من الثمن فــلا تحتمل الرد بالعيب لانها لو ردت لردت بغير شىء هذا اذا حدثت الزيادة قبل القبض فاما اذا حدثت بعد القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصــل فانها لا تمنع الرد ان رضى المشترى بردها مع الاصــل بلا خلاف لانها تابعة حقيقة وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد فى الاصــل مقصودا و ينفسخ فى الزيادة تبعاً وان أبى أن يرده وأراد أن يأخــذ نقصان العيب من البائع وأبى البائع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه قال أبو حنيفة رحمه الله وأبو يوسف للمشترى ان يأخــذ نقصان العيب من البائع وليس للبائع ان يأبى ذلك و يطلب الرد و يقول لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع معيباً لادفع اليك جميع الثمن وقال محمد رحمه الله ليس للمشترى أن يرجع بالنقصان على البائع اذا أبى ذلك وللبائع أن يقول له رد على المبيع حتى أرد اليك الثمن كله ولقب المسئلة ان الزيادة المتصلة المتولدة من الاصــل بعد القبض هــل تمنع الرد بالعيب اذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشترى برد الزيادة و يريد الرجوع بنقصان العيب عندهما يمنع وعنده لا يمنع وأصل المسئلة فى النكاح اذا ازداد المهر زيادة متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم ورد الطلاق قبل

الدخول انها هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها نصف القيمة يوم قبضت وعنده لا تمنع ونذكر المسئلة فى النكاح وان كانت متصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالاجماع ويرجع بنقصان العيب لما ذكرنا انه لو رد الاصل فاما أن يرده وحده واما ان يرده مع الزيادة والرد وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة فى العقد فلا يمكن ان يجعلها تابعة فى الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة بيع جديد وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد بالعيب عندنا وعند الشافعى رحمه الله لا تمنع ويرد الاصل بدون الزيادة وكذلك هذه الزيادة تمنع الفسخ عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط وخيار الرؤية والكلام فيه مبنى على أصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان الزيادة عندنا مبيعة تبعاً لثبوت حكم الاصل فيه تبعاً وبالرد بدون الزيادة ينفسخ العقد فى الاصل مقصودا وتبقى الزيادة فى يد المشترى مبيعاً مقصودا بلا ثمن ليستحق بالبيع وهذا تفسير الربا فى عرف الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لانها لا ترد بدون الاصل أيضا احترازا عن الربا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل لا يتضمن الربا ثم انما لا يرد الاصل مع الزيادة ههنا وردهناك اما امتناع رد الاصل بدون الزيادة فلما قلنا انه يؤدى الى الربا (وأما) رده مع الزيادة فلانه يؤدى الى أن يكون الولد التابع بعد الرد ربح ما لم يضمن لانه ينفسخ العقد فى الزيادة ويعود الى البائع ولم يصل الى المشترى بمقابلته شئ من الثمن فى الفسخ لانه لا حصة له من الثمن فكان الولد للبائع ربح ما لم يضمن لانه حصل فى ضمان المشترى فاما الولد قبل القبض فقد حصل فى ضمان البائع فلو انفسخ العقد فيه لا يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل لا يمتنع الرد بالعيب ويرد الاصل على البائع والزيادة للمشترى طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة أصلا لانعدام ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فأمكن اثبات حكم الفسخ فيه بدون الزيادة فيرد الاصل وينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة مملوكة للمشترى بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له هذا اذا كانت الزيادة قائمة فى يد المشترى فاما اذا كانت هالكة فهلاكها لا يخلو من أن يكون بآفة سماوية أو بفعل المشترى أو بفعل أجنبى فان كان بآفة سماوية له أن يرد الاصل بالعيب وتجعل الزيادة كانها لم تكن وان كان بفعل المشترى فالبائع بالخيار ان شاء قبل ورد جميع الثمن وان شاء لم يقبل ويرد نقصان العيب سواء كان حدوث ذلك أوجب نقصانا فى الاصل أو لم يوجب نقصانا فيه لان اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالاصل لكونها متولدة من الاصل وذا يوجب الخيار للبائع وان كان بفعل أجنبى ليس له أن يرد لانه يجب ضمان الزيادة على الاجنبى فيقوم الضمان مقام العين فكان عينه قائمة فيمتنع الرد ويرجع بنقصان العيب والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يفسخ به العقد فالكلام ههنا يقع فى موضعين أحدهما فى بيان ما ينفسخ به والثانى فى بيان شرائط جواز الفسخ أما الاول فنوعان اختيارى وضرورى فالاختيارى نحو قوله فسخته أو نقضته أو رددته وما هو فى معناه والضرورى هلاك المعقود عليه قبل القبض (وأما) شرائط جواز الفسخ فمنها سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين أصحابنا سواء كان بعد القضاء أو قبله بخلاف خيار الشرط والرؤية وهل يشترط له القضاء أو الرضا ان كان قبل القبض لا يشترط له قضاء القاضى ولا رضا البائع وان كان بعد القبض يشترط له القضاء أو الرضا وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فان تضمن لا يجوز الا أن يرضى به البائع لان تفريق الصفقة على البائع قبل التمام اضرار به على ما ذكر والضرر واجب الدفع ما أمكن الا أن يرضى به البائع لان الضرر المرضى به من جهة المتضرر لا يجب دفعه وعلى هذا يخرج ما اذا وجد المشترى المبيع معيبا فأراد رد بعضه دون بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلو اما ان يكون شيأ واحدا حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود المتقارب فى وعاء واحد أو صبرة واحدة وإما أن يكون أشياء متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود فى وعاءين أو صبرتين وكل شيئين ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر (واما) أن يكون شيئين حقيقة وشيأ واحدا تقديرا كالخفين والنعلين والمكعبين

ومصراعى الباب وكل شىء لا ينتفع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فلا يخلو اما أن يكون المشترى قبض كل المبيع واما ان لم يقبض شيأ منه واما ان قبض البعض دون البعض والحادث فى المبيع لا يخلو اما أن يكون عيبا أو استحقاقا اما العيب فان وجده ببعض المبيع قبل القبض لشىء منه فالمشترى بالخيار ان شاء رضى بالكل ولزمه جميع الثمن وان شاء رد الكل وليس له أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل والدليل على أن الصفقة لا تتم قبل القبض ان الموجود قبل القبض أصل العقد والملك لا صفة التأكيد ألا ترى انه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو انه عدم التأكيد واذا قبض وقع الامن عن الانفساخ بالهلاك فكان حصول التأكيد بالقبض والتأكيد اثبات من وجه أوله شبهة الاثبات وكذا ملك التصرف يقف على القبض فيدل على نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد وكذا المشترى اذا وجد بالمبيع عيبا ينفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة الى قضاء القاضى ولا الى التراضى ولو كانت الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ بنفس الرد كما بعد القبض فيثبت بهذه الدلائل ان الصفقة ليست بتامة قبل القبض والدليل على أنه لا يجوز تفريق الصفقة على البائع قبل تمامها ان التفريق اضرار بالبائع والضرر واجب الدفع ما أمكن وبيان الضرر ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيأ واحدا واما أن يكون أشياء حقيقة شيأ واحدا تقديرا والتفريق تضمن الشركة والشركة فى الاعيان عيب فكان التفريق عيبا وانه عيب زائد لم يكن عند البائع فيتضرر به البائع وان كان المبيع أشياء فالتفريق يتضمن ضررا آخر وهو لزوم البيع فى الجيد بثمن الردىء لان ضم الردىء الى الجيد والجمع بينهما فى الصفقة من عادة التجار ترويجا للردىء بواسطة الجيد فمن الجائز أن يرى المشترى العيب بالردىء فيرده فيلزم البيع فى الجيد بثمن الردىء فيتضرر به البائع فدل ان فى التفريق ضررا فيجب دفعه ما أمكن ولهذا لم يجز التفريق فى القبول بأن أضاف الايجاب الى جملة فقبل المشترى فى البعض دون البعض دفعا للضرر عن البائع بلزوم حكم البيع فى البعض من غير اضافة الايجاب اليه لانه ما أوجب البيع الا فى الجملة فلا يصح القبول الا فى الجملة لئلا يزول ملكه من غير ازالته فيتضرر به على أن تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض فى معنى القبول من وجه فكان رد البعض وقبض البعض تفريقا فى القبول من وجه فلا يملك الا أن يرضى البائع برد المعيب عليه فيأخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز ويأخذ المشترى الباقى بحصته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظرا له فاذا رضى به فلم ينظر لنفسه وان كان المشترى قبض بعض المبيع دون البعض فوجد ببعضه عيبا فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن سواء كان المبيع شيأ واحدا أو أشياء وسواء وجد العيب بغير المقبوض أو بالمقبوض فى ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع المعقود عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وانه باطل وروى عن أبى يوسف أنه اذا وجد العيب بغير المقبوض فكذلك فاما اذا وجد بالمقبوض فله أن يرده خاصة بحصته من الثمن فهو نظر الى المعيب منهما أيهما كان واعتبر الآخر به فان كان المعيب غير المقبوض اعتبر الآخر غير مقبوض فكأنهما لم يقبضا جميعا وان كان المعيب مقبوضا اعتبر الآخر مقبوضا فكأنه قبضهما جميعا لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لانه فى حد التعارض إذ ليس اعتبار غير المعيب بالمعيب فى القبض وعدمه أولى من اعتبار المعيب بغير المعيب فى القبض بل هذا أولى لان الاصل عدم القبض والعمل بالاصل عند التعارض أولى هذا اذا كان المشترى لم يقبض شيأ من المبيع أو قبض البعض دون البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيبا فان كان المبيع شيأ واحدا حقيقة وتقديرا فكذلك الجواب ان المشترى ان شاء رضى بالكل بكل الثمن وان شاء رد الكل واسترد جميع الثمن وليس له أن يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن لما ذكرنا ان فيه الزام عيب الشركة وانها عيب حادث مانع من الرد وان كان أشياء حقيقة شيأ واحدا تقديرا فكذلك لان افراد أحدهما بالرد اضرار بالبائع إذ لا يمكن الانتفاع بأحدهما فيما وضع له بدون الآخر فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشىء واحد فكان المبيع شيأ

واحدامن حيث المعنى فبالرد تثبت الشركة من حيث المعنى والشركة فى الاعيان عيب واذا كان لا يمكن الانتفاع بأحدهما بدون صاحبه فيما وضع له كان التفريق تعييبا فيعود المبيع الى البائع بعيب زائد حادث لم يكن عنده وان كان أشياء حقيقة وتقديرا فليس له أن يرد الكل الا عند التراضى وله أن يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعى رحمهما الله ليس له ذلك بل يردهما أو يمسكهما (وجه) قولهما ان فى التفريق بينهما فى الرد اضرارا بالبائع لما ذكرنا أن ضم الردىء الى الجيد فى البيع من عادة التجار ليروج الردىء بواسطة الجيد وقد يكون العيب بالردىء فيرده على البائع ويلزمه البيع فى الجيد بثمن الردىء وهذا اضرار بالبائع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا (ولنا) ان ماثبت له حق الرد وجد فى أحدهما فكان له أن يرد أحدهما وهذا لان حق الرد انما يثبت لفوات السلامة المشروطة فى العقد دلالة والثابتة مقتضى العقد على ما بينا والسلامة فاتت فى أحدهما فكان له رده خاصة فلو امتنع الرد انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل التمام لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع (وأما) قولهما يتضرر البائع برد الردىء خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضى به من جهته لان اقدامه على بيع المعيب وتدليس العيب مع علمه ان الظاهر من حال المشترى أنه لا يرضى بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف ما قبل القبض لانه لا تمام للعقد قبل القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضا بالرد فكان الرد ضررا غير مرضى به فيجب دفعه وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الرؤية ان المشترى لا يملك رد البعض دون البعض سواء قبض الكل أولم يقبض شيأ أو قبض البعض دون البعض وسواء كان المعقود عليه شيأ واحدا أو أشياء لان خيار الشرط والرؤية يمنع تمام الصفقة بدليل أنه يرده بغير قضاء ولا رضا سواء كان قبل القبض أو بعده ولو تمت الصفقة لما احتمل الرد الا بقضاء القاضى أو التراضى دل أن هذا الخيار يمنع تمام الصفقة ولا يجوز تفريق الصفقة قبل التمام وههنا بخلافه ولو قال المشترى انا أمسك المعيب وآخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله أمسك المعيب دلالة الرضا بالمعيب وانه يمنع الرجوع بالنقصان وكذلك لو كان المبيع أشياء فوجد بالكل عيبا فأراد رد البعض دون البعض ان المردود ان كان مما لو كان العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين فله ذلك لانه اذا أمسك البعض فقد رضى بعيبه فبطل حق الرد فيه لانه تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه فصار كأنه كان صحيحا فى الاصل ووجد بالآخر عيبا فيرده وان كان المردود مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرده كالخفين والنعلين ونحوهما ليس له ذلك لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعييب ولو اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم بالعيب لم يكن له ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض المعيب مع العلم بالعيب دليل الرضا وللقبض شبه بالعقد فكان الرضا به عند القبض كالرضا به عند العقد ولو رضى به عند العقد يسقط خياره فلزماه جميعا كذا هذا ولو قبض الصحيح منهما ولو كانا معيبين فقبض أحدهما لم يسقط خياره لانه قبض بعض المعقود عليه والصفقة لا تتم بقبض بعض المعقود عليه وانما تتم بقبض الكل فلو لزمه العقد فى المقبوض دون الآخر لتفرقت الصفقة على البائع قبل التمام وتفريق الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فبقى له الخيار على ما كان والله عز وجل أعلم (وأما) الاستحقاق فان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق بطل العقد فى القدر المستحق لانه تبين ان ذلك القدر لم يكن ملك البائع ولم توجد الاجازة من المالك فبطل وللمشترى الخيار فى الباقى ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رده سواء كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب فى الباقى أولا يوجب لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة على المشترى قبل التمام فصار كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار فكذا هذا وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب سواء ورد الاستحقاق على المقبوض وعلى غير المقبوض فان كان قبض الكل ثم استحق بعضه بطل البيع فى القدر المستحق لما قلنا ثم ينظر ان كان استحقاق ما استحق يوجب العيب فى الباقى بأن كان المعقود عليه شيأ واحدا حقيقة وتقديرا

كالدار والكرم والارض والعبد ونحوها فالمشترى بالخيار فى الباقى ان شاء رضى به بحصته من الثمن وان شاء رد لان الشركة فى الاعيان عيب وكذلك ان كان المعقود عليه شيئين من حيث الصورة شيأ واحدا من حيث المعنى فاستحق أحدهما فله الخيار فى الباقى وان كان استحقاق ما استحق لا يوجب العيب فى الباقى بأن كان المعقود عليه شيئين صورة ومعنى كالعبدين فاستحق أحدهما أو كان صبرة حنطة أو جملة وزنى فاستحق بعضه فانه يلزم المشترى الباقى بحصته من الثمن لانه لا ضرر فى تبعيضه فلم يكن له خيار الرد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع فالكلام فى حق الرجوع بالنقصان فى موضعين أحدهما فى بيان شرائط ثبوت حق الرجوع والثانى فى بيان ما يبطل به هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل (أما) الشرائط (فمنها) امتناع الرد وتعذره فلا يثبت مع امكان الرد حتى لو وجد به عيبا ثم أراد المشترى أن يمسك المبيع مع امكان رده على البائع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك لان حق الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة على الاصل تمنع المصير الى الخلف ولان امساك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب والرضا بالعيب يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد (ومنها) أن يكون امتناع الرد لا من قبل المشترى فان كان من قبله لا يرجع بالنقصان لانه يصير حابسا المبيع بفعله ممسكا عن الرد وهذا يوجب بطلان الحق أصلا ورأسا وعلى هذا يخرج ما اذا هلك المبيع أو انتقص بآفة سماوية أو بفعل المشترى ثم علم انه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد فى الهلاك لضرورة فوات المحل وفى النقصان لأمر يرجع الى البائع وهو دفع ضرر زائد يلحقه بالرد ألا ترى ان للبائع أن يقول أنا أقبله مع النقصان فأدفع اليك جميع الثمن واذا كان امتناع الرد لامر يرجع اليه وهو لزوم الضرر إياه بالرد فاذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لا بد من دفع الضرر عن المشترى بالرجوع بالنقصان وسواء كان النقصان يرجع الى الذات بفوات جزء من العين أو لا يرجع اليه كما اذا كان المبيع جارية ثيبا فوطئها المشترى أو قبلها بشهوة ثم علم بالعيب لان الرد امتنع لا من قبل المشترى بل من قبل البائع ألا ترى أن له أن يقبلها موطوءة ولو كان لها زوج عند البائع فوطئها زوجها فى يد المشترى فان كان زوجها قد وطئها فى يد البائع لم يرجع بالنقصان لان هذا الوطء لا يمنع الرد وامكان الرد يمنع الرجوع بالنقصان وان كان لم يطأها عند البائع فوطئها عند المشترى فان كانت بكرا رجع بالنقصان لان وطء البكر يمنع الرد بالعيب لانه يوجب نقصان العين بازالة العذرة والامتناع ههنا ليس لمعنى من قبل المشترى بل من قبل البائع فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كانت ثيبا لم يذكر فى الاصل انه يمنع الرد أم لا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكان الرد وكذا لو كان المبيع قائما حقيقة هالكا تقديرا بأن أعطى له حكم الهلاك كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه وخاطه أو حنطة فطحنها أو دقيقا فخبزه أو لحما فشواه فانه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد فى هذه المواضع من قبل البائع ولو حدث فى المبيع أو بسببه زيادة مانعة من الرد كالولد والثمرة واللبن والارش والعقر يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا لا من قبل المشترى بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما تقدم انه لو رد الاصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا ثمن وهذا تفسير الربا فى متعارف الشرع وحرمة الربا تثبت حقا للشرع ولهذا لو تراضيا على الرد لا يقضى بالرد لان الحرمة الثابتة حقا للشرع لا تسقط برضا العبد واذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع الى الشرع لا الى المشترى بقى حق المشترى فى وصف السلامة واجب الرعاية فكان له أن يرجع بالنقصان جبرا لحقه ولو كانت الزيادة المانعة سمنا أو عسلا لته بسويق أو عصفرا أو زعفرانا صبغ به الثوب أو بناء على الارض يرجع بالنقصان لان التعذر ليس من قبل المشترى ولا من قبل البائع بل من قبل الشرع ألا ترى انه ليس للبائع أن يقول أنا آخذه كذلك وتعذر الرد لحق الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه المشترى أو وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا من قبل المشترى لانه بالبيع صار ممسكا عن الرد لان المشترى قام مقامه فصار مبطلا للرد الذى هو الحق فلا يرجع بشئ وكذلك لو كاتبه لانها توجب صيرورة العبد حرا يدا فصار بالكتابة ممسكا عن الرد فأشبه البيع وكذلك لو أعتقه على مال ثم وجد به عيبا لان

الاعتاق على مال في حق المعتق في معنى البيع لانه أخذ العوض بمقابلته والبيع يمنع الرجوع بالنقصان كذا هذا وروى عن أبي يوسف رحمه الله انه لا يمنع ولو أعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس أن لا يرجع وهو قول الشافعي رحمه الله وفي الاستحسان يرجع (وجه) القياس أن الرد امتنع بفعله وهو الاعتاق فأشبه البيع أو الكتابة (وجه) الاستحسان أن تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشترى لان الاعتاق ليس بازالة الملك بل الملك ينتهى بالاعتاق وهذا لان الاصل في الآدمى عدم الملك والمالية اذ الاصل فيه أن يكون حرا لان الناس كلهم أولاد آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام والمتولد من الحرين يكون حرا الا أن الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض الكفر مؤقتا الى غاية الاعتاق والمؤقت الى غاية ينتهى عند وجود الغاية فينتهى الملك والمالية عند الاعتاق فصار كما لو انتهى بالموت وبه تبين ان الاعتاق ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما أخذ العوض فقد أقام المشترى مقام نفسه فكأنه استبقاه على ملكه فصار حابسا اياه بفعله ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره أو استولدها ثم وجد به عيبا يرجع بالنقصان لان الرد لم يمتنع من قبل المشترى بل من قبل الشرع ولو قتله المشترى لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت بأجله فتنتهى حياته عند القتل كما تنتهى عند الموت فصار كالموت حتف أنفه وهناك يرجع بالنقصان كذا ههنا (وجه) ظاهر الرواية ان فوات الحياة ان لم يكن أثر فعل القاتل حقيقة فهو أثر فعله عادة فجعل في حق القاتل كأنه تفويت الحياة حقيقة وازالتها وان كان انتهاء حقيقة كالاعتاق على مال انه ألحق بالبيع في حق المعتق وان لم يكن كذلك في حق العبد فصار حابسا للعبد بصنعه ممسكا ولو كان المبيع طعاما فأكله المشترى أو ثوبا فلبسه حتى تخرق لم يرجع بالنقصان في قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يرجع (وجه) قولهما ان أكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشئ فيما وضع له وانه انتفاع لا اتلاف بخلاف القتل فانه ازالة الحياة في حق القاتل فكان حبسا وامساكا (وجه) قول أبي حنيفة عليه الرحمة ان المشترى بأكل الطعام ولبس الثوب أخرجهما عن ملكه حقيقة اذ الملك فيهما ثبت مطلقا لا مؤقتا بخلاف العبد فاشبه القتل ولو استهلك الطعام أو الثوب بسبب آخر وراء الاكل واللبس ثم وجد به عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لان استهلاكهما في غير ذلك الوجه ابطال محض فيشبه القتل ولو أكل بعض الطعام ثم وجد به عيبا ليس له أن يرد الباقي ولا أن يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة لان الطعام كله شئ واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعنى من قبل المشترى فيبطل حقه أصلا في الرد والرجوع كما لو باع بعض الطعام دون بعض وروى عن أبي يوسف انه قال يرد الباقي ويرجع بأرش الكل المأكول والباقي الا اذا رضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن وروى عن محمد انه قال يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب فيما أكل لانه ليس في تبعيض الطعام ضرر فيمكن رد البعض فيه دون البعض وليس للبائع أن يمتنع عن ذلك وبه كان يفتى الفقيه أبو جعفر وهو اختيار الفقيه أبي الليث ولو باع بعض الطعام دون البعض لم يرد الباقي ولا يرجع بالنقصان عند أصحابنا الثلاثة وعند زفر يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب الا اذا رضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن (وجه) قول زفر أن امتناع الرد والرجوع بالنقصان لاجل البيع وانه وجد في البعض دون البعض فيمتنع في البعض دون البعض لان الاصل أن يكون الامتناع بقدر المانع (ولنا) ما ذكرنا أن الطعام كله شئ واحد كالعبد فالامتناع في البعض لمعنى من قبل المشترى يوجب الامتناع في الكل ولو كان المبيع دارا فبناها مسجدا ثم اطلع على عيب لم يرجع بالنقصان لانه لما بناها مسجدا فقد أخرجها عن ملكه فصار كما لو باعها ولو اشترى ثوبا وكفن به ميتا ثم اطلع على عيب به فان كان المشترى وارث الميت وقد اشترى من التركة يرجع بالنقصان لان الملك في الكفن لم يثبت للمشترى وانما يثبت للميت لان الكفن من الحوائج الاصلية للميت وقد امتنع رده بالعيب لا من قبل المشترى فكان له أن يرجع بالنقصان وان كان المشترى أجنبيا فتبرع بالكفن لم يرجع بالنقصان لان الملك في المشترى وقع له فاذا كفن به فقد أخرجه عن ملكه بالتكفين فاشبه البيع والله عز وجل أعلم (ومنها)

عدم وصول عوض المبيع الى المشترى مع تعذر الرد فى ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بأن قتله أجنبي فى يده خطأ لا يرجع بالنقصان وان تعذر رده على البائع وروى عن أبى يوسف ومحمد انه يرجع بالنقصان لانه لم يصل اليه حقيقة العيب وانما وصل اليه قيمة المعيب فكان له أن يرجع بمقدار العيب والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه لما وصل اليه قيمته قامت القيمة مقام العين فكأنها قائمة فى يده لما وصل اليه عوضه فصار كأنه باعه ولو باعه المشترى ثم اطلع على عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا ومنها عدم الرضا بالعيب صريحا ودلالة وهى أن يتصرف فى المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعا وقد ذكرنا التصرفات التى هى دليل الرضا بالعيب بعد العلم بالعيب فيما تقدم ولو لم يعلم بالعيب حتى تصرف فيه تصرفا يمنع الرد ثم علم فان كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة لانعدام دلالة الرضا وفى الكتابة يرجع لانها فى معنى البيع على مامر وان كان التصرف مما يخرج السلعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان الا الاعتاق لا على مال استحسانا على ماذكرنا فيما تقدم (وأما) بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته وما لا يبطل فحق الرجوع يبطل بصريح الابطال وما يجرى مجرى الصريح نحو قوله أبطلته أو أسقطته أو أبرأتك عنه وما يجرى هذا المجرى لان خيار الرجوع حقه كخيار الرد لثبوته بالشرط وهى السلامة المشروطة فى العقد دلالة بخلاف خيار الرؤية والانسان بسبيل من التصرف فى حقه استيفاء واسقاطا ويسقط أيضا بالرضا بالعيب وهو نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة فالصريح هو أن يقول رضيت بالعيب الذى به أو اخترت أو أجزت البيع وما يجرى مجراه والدلالة هى أن يتصرف فى المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل على الرضا بالعيب كما اذا انتقص المبيع فى يد المشترى وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف فيه تصرفا أخرجه عن ملكه بأن باعه أو وهب وسلم أو أعتق أو دبر أو استولد مع العلم بالعيب لان التصرف المخرج عن الملك مع العلم بالعيب دلالة الامساك عن الرد وذا دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع ولو امتنع الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالولد وغيره أو الحاصلة بسبب الاصل غير المتولدة منه كالارش والعقر والزيادة المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفا أخرجه عن ملكه لا يبطل حق الرجوع بالارش بل يبقى الارش على حاله لان التصرف فى هذه الصورة لم يقع دلالة على الامساك عن الرد لان امتناع الرد كان ثابتا قبله ألا ترى انه ليس للبائع خيار الاسترداد بأن يقول أنا أقبله كذلك مع العيب وأرد اليك جميع الثمن واذا كان الرد ممتنعا قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد فلا يكون دليل الرضا فبقى الارش واجبا كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن الرد ممتنعا حتما ألا ترى ان للبائع أن يقبله ناقصا مع العيب فكان المشترى بتصرفه مفوتا على نفسه حق الرد فكان حابسا للمبيع بفعله ممسكا اياه عن الرد وانه دليل الرضا بالعيب فيبطل حق الرجوع فصار الاصل فى هذا الباب أن وجوب الارش اذا لم يكن ثابتا على سبيل الحتم والالزام بل كان خيار الاسترداد للبائع مع العيب فتصرف المشترى بعد ذلك تصرفا مخرجا عن الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه ثابتا حتما بان لم يكن للبائع خيار الاسترداد فتصرف المشترى لا يبطل الارش (وجه) الفرق بين الفصلين على ما نحو ما بينا والله عز وجل أعلم وأما بيان طريق معرفة نقصان العيب فطريقه أن تقوم السلعة وليس بها ذلك العيب وتقوم وبها ذلك فينظر الى نقصان ما بين القيمتين فيرجع على بائعه بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه وان اختلفا فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع على بائعه بعشر الثمن وان كان قدر خمسها يرجع بخمس الثمن مثاله اذا اشترى ثوبا قيمته عشرة بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع على بائعه بعشر الثمن وهو درهم ولو اشترى ثوبا قيمته عشرون بعشرة فاطلع على عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان فانه يرجع على البائع بعشر الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد اشتراه بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع على بائعه بعشر الثمن وذلك درهمان على هذا القياس فافهم والله عز وجل أعلم (وأما) الخيار

الثابت شرعا لا شرطا فهو خيار الرؤية والكلام فيه في مواضع في بيان شرعية البيع الذي فيه خيار الرؤية وفي بيان صفته وفي بيان حكمه وفي بيان شرائط ثبوت الخيار وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم (أما) الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه (وأما) صفته فهي ان شراء ما لم يره المشتري غير لازم لان عدم الرؤية يمنع تمام الصفقة لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه ولان جهالة الوصف تؤثر في الرضا فتوجب خللا فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار ولان من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له اذا رآه فيحتاج الى التدارك فيثبت الخيار لامكان التدارك عند الندم نظرا له كما ثبت خيار الرجعة شرعا نظرا للزوج تمكينا له من التدارك عند الندم كما قال تبارك وتعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا (وأما) بيع ما لم يره البائع فهل يلزم روى عن أبي حنيفة رحمه الله انه كان يقول أولا لا يلزم ويثبت له الخيار ثم رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار (وجه) قوله الاول ان ما ثبت له في شراء ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في بيع ما لم يره البائع فورود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودا ههنا دلالة (وجه) قوله الآخر ما روى ان سيدنا عثمان بن سيدنا عفان رضي الله عنهما باع أرضا له من طلحة بن عبد الله رضي الله عنهما ولم يكونا رأياها فقيل لسيدنا عثمان رضي الله عنه غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم أره وقيل لطلحة مثل ذلك فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم أره فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة رضي الله عنه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد منهم فكان اجماعا منهم على ذلك والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد لان مشتري ما لم يره مشتر على انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شيء على انه جيد فاذا هو رديء ومن اشترى شيأ على انه جيد فاذا هو رديء فله الخيار وبائع شيء لم يره يبيع على انه أدون مما ظنه فكان بمنزلة بائع شيء على انه رديء فاذا هو جيد ومن باع شيأ على انه رديء فاذا هو جيد لا خيار للبائع فهذا افترقا (وأما) حكمه فحكم البيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع وثبوت الملك للبائع في الثمن للحال لان ركن البيع صدر مطلقا عن شرط كان ينبغي أن يلزم الا أنه ثبت الخيار شرعا لا شرطا بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فأثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق الحكم على ما مر والله عز وجل أعلم (وأما) شرائط ثبوت الخيار (فمنها) أن يكون المبيع مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتى انهما لو تبايعا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولو تبايعا دينا بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما ولو اشترى عينا بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبائع وانما كان كذلك لان المبيع اذا كان مما لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده لانه اذا لم يتعين للعقد لا يتعين للفسخ فيبقى العقد وقيام العقد يقتضي ثبوت حق المطالبة بمثله فاذا قبض يرده هكذا الى ما لا نهاية له فلم يكن الرد مفيدا بخلاف ما اذا كان عينا لان العقد ينفسخ برده لانه يتعين بالعقد فيتعين في الفسخ أيضا فكان الرد مفيدا ولان الفسخ انما يرد على المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وانما يملك بالقبض فلا يرد عليه الفسخ ولهذا يثبت خيار الرؤية في الاجارة والصلح عن دعوى المال والقسمة ونحو ذلك لان هذه العقود تنفسخ برد هذه الاشياء فيثبت فيها خيار الرؤية ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود لا تحتمل الانفساخ برد هذه الاموال فصار الاصل ان كل ما ينفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا والفقه ما ذكرنا والله عز وجل أعلم (ومنها) عدم الرؤية فان اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانبرامه لان ركن العقد وجد مطلقا عن شرط الا أنا عرفنا ثبوت الخيار شرعا بالنص والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري لقوله عليه الصلاة والسلام من اشترى شيأ لم يره فهو بالخيار اذا رآه فبقي الخيار عند الرؤية مبقيا على الاصل وان كان المشتري لم يره وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك نظر في ذلك ان كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار له لان الخيار ثبت معدولا به عن الاصل بالنص الوارد في شراء ما لم يره

وهذا

وهذا قد اشترى شيأ قد رآه فلا يثبت له الخيار وان كان قد تغير عن حاله فله الخيار لانه اذا تغير عن حاله فقد صار شيأ آخر فكان مشتريا شيأ لم يره فله الخيار اذا رآه ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البائع لم يتغير وقال المشترى قد تغير فالقول قول البائع لان الاصل عدم التغير والتغير عارض فكان البائع متمسكا بالاصل والمشترى مدعيا أمرا عارضا فكان القول قول البائع لكن مع يمينه لان حق الرد أمر يجرى فيه البدل والاقرار فيجرى فيه الاستحلاف ولان المشترى بدعوى التغير يدعى حق الرد والبائع ينكر فكان القول قول المنكر ولو اختلفا فقال البائع للمشترى رأيته وقت الشراء وقال المشترى لم أره فالقول قول المشترى لان عدم الرؤية أصل والرؤية عارض فكان الظاهر شاهدا للمشترى فكان القول قوله مع يمينه ولان البائع بدعوى الرؤية يدعى عليه الزام العقد والمشترى ينكر فكان القول قوله ولو أراد المشترى الرد فاختلفا فقال البائع ليس هذا الذى بعتك وقال المشترى هو ذاك بعينه فالقول قوله أنه بعينه وكذلك هذا فى خيار الشرط بخلاف خيار العيب فان القول قول البائع (و وجه) الفرق ان المشترى فى خيار الرؤية والشرط بقوله هذا مالك لا يدعى ثبوت حق الرد عليه لان حق الرد ثابت له حتى يرد عليه من غير قضاء ولا رضا ولكنه يدعى ان هذا الذى قبضه منه فكان اختلافهما فى الحقيقة راجعاً الى المقبوض والاختلاف متى وقع فى تعيين نفس المقبوض فان القول فيه قول القابض وان كان قبضه بغير حق كقبض الغصب ففى القبض الحق أولى بخلاف العيب لان المشترى لا ينفرد بالرد فى خيار العيب ألا ترى انه لا يملك الرد الا بقضاء القاضى أو التراضى فكان هو بقوله هذا مالك بعينه مدعياً حق الرد فى هذا المعين والبائع ينكر ثبوت حق الرد فيه فكان القول قوله هذا اذا كان المشترى بصيراً فاما اذا كان أعمى فشرط ثبوت الخيار له عدم الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشراء لان هذه الاشياء فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير فكان انعدامها شرطاً لثبوت الخيار له فان وجد شئ منه وقت الشراء فاشتراه فلا خيار له وكذا اذا وجدت قبل القبض ثم قبض فلا خيار له لان وجود شئ من ذلك عند القبض فى حقه بمنزلة وجوده عند العقد كالرؤية فى حق البصير بأن رآه قبل القبض ثم قبضه لان كل ذلك دلالة الرضا بلزوم العقد على مانذكره ان شاء الله تعالى هذا الذى ذكرنا اذا رأى المشترى كل المبيع وقت الشراء (فاما) اذا رأى بعضه دون البعض فجملة الكلام فى جنس هذه المسائل ان المبيع لا يخلو اما أن يكون شيأ واحداً واما أن يكون أشياء فان كان شيأ واحدا فرأى بعضه لا يخلو (اما) ان كان مارآه منه مقصوداً بنفسه ومالم يره منه تبعاً (واما) ان كان كل واحد منهما مقصوداً بنفسه فان كان مالم يره تبعاً لما رآه فلا خيار له سواء كان رؤية مارآه تفيد له العلم بحال مالم يره أو لا تفيد لان حكم التبع حكم الاصل فكان رؤية الاصل رؤية التبع وان كان مقصوداً بنفسه ينظر فى ذلك ان كان رؤية مارأى تفيد له العلم بحال مالم يره فلا خيار له لان المقصود العلم بحال الباقى فكأنه رأى الكل وان كان لا يفيد له العلم بحال الباقى فله الخيار لان المقصود لم يحصل برؤية مارأى فكأنه لم ير شيأ منه أصلا فعلى هذا الاصل تخرج المسائل اذا اشترى عبداً أو جارية فرأى وجهه دون سائر أعضائه لا خيار له وان كانت رؤية الوجه لا تفيد له العلم بما وراءه لان الوجه أصل فى الرؤية فى بنى آدم وسائر الاعضاء تبع له فيها ولو رأى سائر أعضائه دون الوجه فله الخيار لان رؤية التبع لا تكون رؤية الاصل فكأنه لم ير شيأ منه ولو اشترى فرساً أو بغلا أو حماراً أو نحو ذلك فرأى وجهه لا غير روى ابن سماعة عن محمد انه يسقط خياره وسوى بينه و بين الرقيق وروى عن أبى يوسف ان له الخيار مالم ير وجهه ومؤخره وهو الصحيح لان الوجه والكفل كل واحد منهما عضو مقصود فى الرؤية فى هذا الجنس فما لم يرهما فهو على خياره وان اشترى شاة فان كانت نعجة حلوبا اشتراها للقنية أو اشترى بقرة حلوبا أو ناقة حلوبا اشتراها للقنية لا بد من النظر الى ضرعها وان اشترى شاة لحم لا بد من الجس حتى لو رآها من بعيد فهو على خياره لان اللحم مقصود من شاة اللحم والضرع مقصود من الحلوب والرؤية من بعيد لا تفيد العلم بهذين المقصودين والله عز وجل أعلم (وأما) البسط فان كان مما يختلف وجهه وظهره فرأى وجهه دون ظهره كالمغافر ونحوها لا خيار له وان رأى الظهر دون الوجه فله الخيار كذا

روى الحسن عن أبي حنيفة ولو اشترى ثوبا واحداً فرأى ظاهره مطويا ولم ينشره فان كان ساذجا ليس بمنقش ولا بذي علم فلا خيار له لان رؤية ظاهره مطويا تفيد العلم بالباقي وان كان منقشا فهو على خياره ما لم ينشره ويرى نقشه لان النقش في الثوب المنقش مقصود وان لم يكن منقشا ولكنه ذو علم فرأى علمه فلا خيار له وان لم يركله ولو رأى كله الا علمه فله الخيار لان العلم في الثوب المعلم مقصود كالنقش في المنقش ولو اشترى داراً فرأى خارجها أو بستانا فرأى خارجه ورؤس الاشجار فلا خيار له كذا ذكر في ظاهر الرواية لان الدار شيء واحد وكذا البستان فكان رؤية البعض رؤية الكل الا ان مشايخنا قالوا ان هذا مؤول وتأويله ان لا يكون في داخل الدار بيوت وأبنية فيحصل المقصود برؤية الخارج فاما اذا كان داخلها أبنية فله الخيار ما لم ير داخلها لان الداخل هو المقصود من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة الثوب المعلم اذا رأى كله الا علمه كان له الخيار لان العلم هو المقصود منه وذكر الكرخي ان أبا حنيفة عليه الرحمة أجاب على عادة أهل الكوفة في زمنه فان دورهم في زمنه كانت لا تختلف في البناء وكانت على تقطيع واحد وهيئة واحدة وانما كانت تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل برؤية الخارج وأما الآن فلا بد من رؤية داخل الدار وهو الصحيح لاختلاف الابنية في داخل الدور في زماننا اختلافا فاحشا فرؤية الخارج لا تفيد العلم بالداخل والله عز وجل أعلم هذا اذا كان المشتري شيأً واحداً فرأى بعضه فاما ان كان أشياء فرأى وقت الشراء بعضها دون البعض فلا يخلو اما ان كان من المكيلات أو الموزونات فرأى بعضها وقت الشراء فان كان في وعاء واحد فلا خيار له لان رؤية البعض فيها تفيد العلم بالباقي فكان رؤية البعض كرؤية الكل الا اذا وجد الباقي بخلاف ما رأى فيثبت له الخيار لكن خيار العيب لا خيار الرؤية وان كان في وعاءين فان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ له الخيار لان اختلاف الوعاءين جعلهما كجنسين وقال مشايخ العراق لا خيار له وهو الصحيح لان رؤية البعض من هذا الجنس تفيد العلم بالباقي سواء كان في وعاء واحد أو في وعاءين بعد ان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة فان كان من جنسين أو من جنس واحد على صفتين فله الخيار بلا خلاف لان رؤية البعض من جنس وعلى وصف لا تفيد العلم بجنس آخر وعلى وصف آخر وان كان من العدديات المتفاوتة كالعبيد والدواب والثياب بان اشترى جماعة عبيد أو جواري أو ابل أو بقر أو قطيع غنم أو جراب هروى فرأى بعضها أو كلها الا واحداً فله الخيار بين أن يرد الكل أو يمسك الكل لان رؤية البعض من هذا الجنس لا تفيد العلم بما وراءه فكأنه لم ير شيأ منه بخلاف المكيل والموزون لان رؤية البعض منه تفيد العلم بالباقي ولو اشترى جماعة ثياب في جراب ورأى أطراف الكل أو طي الكل لا خيار له الا اذا كانت معلمة أو منقشة لانها اذا لم تكن معلمة ولا منقشة لم يكن البعض من كل واحد منها مقصوداً والبعض تبعا ورؤية البعض تفيد العلم بحال الباقي فكان رؤية البعض رؤية الكل كما اذا اشترى البطيخ في السريجة والرمان في القفة فرأى البعض فله الخيار لان البعض منها ليس تبعا للبعض بل كل واحد منها مقصود بنفسه فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بالباقي لكونها متفاوتة تفاوتا فاحشا فكان له الخيار وان كان من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض فرأى البعض منها ذكر الكرخي ان له الخيار والحقه بالعدديات المتفاوتة لاختلافها في الصغر والكبر كالبطيخ والرمان وذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي انه لا خيار له وهو الصحيح لان التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب ملحق بالعدم عرفا وعادة وشرعا ولهذا الحق بالعدم في السلم حتى جاز السلم فيها عدداً عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر فكان رؤية بعضه معرفا حال الباقي ويحتمل أن يكون الجواب على ما ذكره الكرخي ويفرق بين هذا وبين السلم وهو ان البيض والجوز مما يتفاوت في الصغر والكبر حقيقة والاصل في الحقائق اعتبارها الا ان الشرع أهدر هذا التفاوت والحقه بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة الى الاهدار في اسقاط الخيار فبقي التفاوت فيه معتبراً فرؤية البعض لا تحصل المقصود وهو العلم بحال الباقي فبقي الخيار والله عز وجل أعلم ولو اشترى دهنا في قارورة فرأى خارج القارورة فعن محمد روايتان روى ابن سماعة عنه انه

لا خيار له لان الرؤية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكأنه رآه وهو خارج وروى عنه ان له الخيار لان العلم بما في داخل القارورة لا يحصل بالرؤية من خارج القارورة لان ما في الداخل يتلون بلون القارورة فلا يحصل المقصود من هذه الرؤية وقالوا في المشترى اذا رأى المبيع في المرآة ان له الخيار وكذا في الماء وقالوا لانه لم يرعينه وانما رأى مثاله والصحيح انه رأى عين المبيع لان غير المبيع في المرآة والماء بل يراه حيث هو لكن لا على الوجه المعتاد يخلق الله تعالى فيه الرؤية وهذا ليس ببعيد لان المقابلة ليست من شرط الرؤية فانا نرى الله تعالى عز شأنه بلا مقابلة ولكن قد لا يحصل له العلم بهيئته لتفاوت المرآة فيعلم بأصله لا بهيئته فلذلك يثبت له الخيار لا لما قالوا والله عز وجل أعلم على ان في العرف لا يشترى الانسان شيأ لم يره ليراه في المرآة أو في الماء ليحصل له العلم بهذا الطريق فلا تكون رؤيته في المرآة وان رأى عينه مسقطة للخيار وعلى هذا قالوا فيمن رأى فرج أم امرأته في الماء أو في المرآة فنظر اليه بشهوة لا تثبت له حرمة المصاهرة وكذا لا يصير مراجعاً للمرأة المطلقة طلاقا رجعيا لما قلنا ولو اشترى سمكا في دائرة يمكن أخذه من غير اصطياد وحيلة حتى جاز البيع فرآه في الماء ثم أخذه قال بعضهم لا خيار له لانه رأى عين السمك في الماء وقال بعضهم له الخيار لان ما رآه كما هو ولان الشئ لا يرى في الماء كما هو بل يرى أكثر مما هو فلم يحصل المقصود بهذه الرؤية وهو معرفته كما هو فله الخيار (وأما) بيان وقت ثبوت الخيار فوقت ثبوت الخيار هو وقت الرؤية لا قبلها حتى لو أجاز قبل الرؤية ورضى به صريحا بأن قال أجزت أو رضيت أو ما يجرى هذا المجرى ثم رآه له أن يرده لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه أثبت الخيار للمشترى بعد الرؤية فلو ثبت له خيار الاجازة قبل الرؤية وأجاز لم يثبت له الخيار بعد الرؤية وهذا خلاف النص ولان المعقود عليه قبل الرؤية مجهول الوصف والرضا بالشئ قبل العلم به والعلم بوجود سببه محال فكان ملحقا بالعدم (وأما) الفسخ قبل الرؤية فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يجوز لانه لا خيار قبل الرؤية ولهذا لم تجز الاجازة فلا يجوز الفسخ وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان هذا عقد غير لازم فكان محل الفسخ كالعقد الذى فيه خيار العيب وعقد الاعارة والايداع وقد خرج الجواب عن قولهم انه لا خيار قبل الرؤية لان ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار وانما يثبت حكما لعدم لزوم العقد والله عز وجل أعلم (وأما) بيان كيفية ثبوت الخيار فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان خيار الرؤية بعد الرؤية يثبت مطلقا في جميع العمر الى أن يوجد ما يبطله فيبطل حينئذ والا فيبقى على حاله ولا يتوقف بامكان الفسخ وهو اختيار الكرخى لان سبب ثبوت هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقى ما بقى سببه وقال بعضهم انه يثبت موقتا الى غاية امكان الفسخ بعد الرؤية حتى لو رآه وأمكنه الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب المسقطة للخيار على ما نذكرها ان شاء الله تعالى لان من الاسباب المسقطة للخيار الرضا والاجازة والامتناع من الفسخ بعد الامكان دليل الاجازة والرضا والله عز وجل أعلم (وأما) بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم فنقول وبالله التوفيق ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الاصل نوعان اختيارى وضرورى والاختيارى نوعان صريح وما يجرى مجرى الصريح ودلالة (أما) الصريح وما في معناه فنحو ان يقول أجزت البيع أو رضيت أو اخترت أو ما يجرى هذا المجرى سواء علم البائع بالاجازة أو لم يعلم لان الاصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا فاذا أجاز ورضى فقد زال المانع فيلزم (وأما) الدلالة فهو أن يوجد من المشترى تصرف في المبيع بعد الرؤية يدل على الاجازة والرضا نحو ما اذا قبضه بعد الرؤية لان القبض بعد الرؤية دليل الرضا بلزوم البيع لان للقبض شبها بالعقد فكان القبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية وذاك دليل الرضا كذا هذا وسواء قبضه بنفسه أو وكيله بالقبض بأن قبضه الوكيل وهو ينظر اليه وكانت رؤيته كرؤية الموكل عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رؤيته ولقب المسألة ان الوكيل بالقبض يملك اسقاط خيار الرؤية عنده وعندهما لا يملك وأجمعوا على أن الرسول بالقبض لا يملك وأجمعوا على أن الوكيل بالشراء يملك وكانت رؤيته رؤية الموكل وأجمعوا على أن الرسول بالشراء

لا يملك ولا تكون رؤيته رؤية المرسل ويثبت الخيار للمرسل اذا رآه ( وجه ) قولهما ان الوكيل متصرف بحكم الامر والمتصرف بحكم الامر لا يتعدى الى مورد الامر وهو وكيل بالقبض لا باسقاط الخيار فلا يملك اسقاطه ولهذا لا يملك اسقاط خيار العيب ولا خيار الشرط وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل ولابى حنيفة أنه وكيل بالقبض لكن بقبض تام لان الوكيل بالشئ وكيل باتمام ذلك الشئ ولهذا كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض وتمام القبض باسقاط الخيار لان خيار الرؤية يمنع تمام القبض ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض لانه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال الخيار لان الوكيل عنده لا يملك ابطال الخيار مقصودا لان الموكل لا يملك ذلك فكيف يملكه الوكيل وانما يبطل فى ضمن القبض بأن قبضه وهو ينظر اليه حتى لو قبضه مستورا ثم أراد بطلان الخيار لا يملكه والشئ قد يثبت ضمنا لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كعزل الوكيل وغيره بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض الا ترى أنه يملك التفريق بعد القبض وكذا الرد بعد القبض بغير قضاء لم يكن رفعا للعقد من الاصل بخلاف الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط لانه يثبت للاختبار والقبض وسيلة الى الاختبار فلم يصلح القبض دليل الرضا وخيار الرؤية انما يثبت بخلل فى الرضا والقبض مع الرؤية دليل الرضا على الكمال فاوجب بطلان الخيار وبخلاف الرسول بالقبض لانه نائب فى القبض عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان اتمام القبض الى المرسل ( وأما ) الوكيل فأصل فى نفس القبض وانما الواقع للموكل حكم فعله فكان الاتمام الى الوكيل وكذا اذا تصرف فيه تصرف الملاك بأن كان ثوبا فقطعه أو صبغه أحمر أو أصفر أو سويقا فلته بسمن أو عسل أو أرضا فبنى عليها أو غرس أو زرع أو جارية فوطئها أو لمسها بشهوة أو نظر الى فرجها عن شهوة أو دابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك لان الاقدام على هذه التصرفات دلالة الاجازة والرضا بلزوم البيع والملك به إذ لو لم يكن به وفسخ البيع لتبين أنه تصرف فى ملك الغير من كل وجه أو من وجه وانه حرام فجعل ذلك اجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام وكذا اذا عرضه على البيع باع أو لم يبع لانه لما عرضه على البيع فقد قصد اثبات الملك اللازم للمشترى ومن ضرورته لزوم الملك له ليمكنه اثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع سقط خياره عند أبى يوسف وعند محمد لا يسقط والصحيح قول أبى يوسف لان سقوط الخيار ولزوم البيع بالعرض لكون العرض دلالة الاجازة والرضا ودلالة الاجازة دون صريح الاجازة ثم لو صرح بالاجازة فى البعض لم يجز ولم يسقط خياره لما فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام فلأن لا يسقط بدلالة الاجازة أولى وكذلو وهبه سلم أو لم يسلم لان الثابت بالهبة لا يعود اليه الا بقرينة القضاء أو الرضا فكان الاقدام عليها دلالة قصد اثبات الملك اللازم فيقتضى لزوم الملك للواهب وكذا اذا رهنه وسلم أو آجره لان كل واحد منهما عقد لازم فى نفسه والثابت بها حق لازم للغير وكذا اذا كاتبه لان الكتابة عقد لازم فى جانب المكاتب والثابت بها حق لازم فى حقه وكذا اذا باعه أو وهبه وسلم وكذا اذا أعتقه أو دبره أو استولده لان هذه تصرفات لازمة والثابت بها ملك لازم أو حق لازم فالاقدام عليها يكون اجازة والتزاما للعقد دلالة ولو باع بشرط الخيار لنفسه لا يسقط خياره فى رواية وفى رواية يسقط وهى الصحيحة لان البيع بشرط الخيار لا يكون أدنى من العرض على البيع بل فوقه ثم العرض على البيع يسقط الخيار فهذا أولى وكذا لو أخرج بعضه عن ملكه يسقط خياره عن الباقى ولزم البيع فيه لان رد الباقى تفريق الصفقة على البائع قبل التمام لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة لانه يمنع تمام الرضا وكذا اذا انتقص المعقود عليه بفعله والله عز وجل أعلم ( وأما ) الضرورى فهو كل ما يسقط به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه نحو موت المشترى عندنا خلافا للشافعى رحمه الله والمسألة قدمرت فى خيار الشرط وكذا اجازة أحد الشركين فيما اشترياه ولم يرياه دون صاحبه عند أبى حنيفة وقد ذكرنا المسألة فى خيار العيب وكذا اذا هلك بعضه أو انتقص بأن تعيب بآفة سماوية أو بفعل أجنبى أو بفعل البائع عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أو ازداد فى يد المشترى زيادة منفصلة أو متصلة متولدة

أوغيرمتولدة على التفصيل والاتفاق والاختلاف الذى ذكرنافى خيار الشرط والعيب والاصل ان كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الرؤية الأن خيار الشرط والعيب يسقط بصريح الاسقاط وخيار الرؤية لا يسقط بصريح الاسقاط لاقبل الرؤية ولا بعدها أماقبلها فلماذكرنافيا تقدم أنه لاخيار قبل الرؤية لان أوان ثبوت الخيار هوأوان الرؤية فقبل الرؤية لاخيار واسقاط الشئ قبل ثبوته وثبوت سببه محال وأما بعد الرؤية فلان الخيار ماثبت باشتراط العاقدين لان ركن العقد مطلق عن الشرط نصاً ودلالة وانما ثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتاً حقاً لله تعالى ( وأما ) خيار الشرط والعيب فثبت باشتراط العاقدين أما خيار الشرط فظاهر لانه منصوص عليه فى العقد ( وأما ) خيار العيب فلان السلامة مشروطة فى العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت بصريح النص فكان ثابتاً حقاً للعبد وماثبت حقاً للعبد يحتمل السقوط باسقاطه مقصوداً لان الانسان يملك التصرف فى حق نفسه مقصوداً استيفاء واسقاطاً فأماماثبت حقاً لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه اسقاطاً مقصودا لانه لا يملك التصرف فى حق غيره مقصودا لكنه يحتمل السقوط بطريق الضرورة بأن يتصرف فى حق نفسه مقصودا ويتضمن ذلك سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع فى ضمن التصرف فى حق نفسه كما اذا أجاز المشترى البيع ورضى به بعد الرؤية نصا أودلالة بمباشرة تصرف يدل على الرضا والاجازة لانه وان ثبت حقاً للشرع لكن الشرع أثبته نظرا للعبد حتى اذا رآه وصلح له أجازه وان لم يصلح له رده إذ الخيار هو التخيير بين الفسخ والاجازة فكان المشترى بالاجازة والرضا متصرفا فى حق نفسه مقصودا ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوط الخيار من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصودا ويجوز ان يثبت الشئ بطريق الضرورة وان كان لا يثبت مقصودا كالوكيل بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لا ينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل كذا هنا ولو باع بشرط الخيار قبل الرؤية أوعرضه على البيع أووهبه ولم يسلم أوكان للمشترى دار فبيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة فهو على خياره لان هذه التصرفات دلالة الرضا وهذا الخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا فبدلالة الرضا أولى أن لا يسقط وانما يسقط بتعذر الفسخ بأن أعتق أودبر أو باع أوآجر أورهن وسلم أما الاعتاق والتدبير فلان كل واحد منهما وقع صحيحا لمصادفته محلا مملوكا وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقض والفسخ فتعذر فسخ البيع لتعذر فسخهما ( وأما ) البيع والاجارة والرهن فلانها تصرفات لازمة أوجب بها ملكا لازما أوحقا لازما للغير على وجه لا يملك الاسترداد فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد يوجب لزومه لان الفسخ اذا تعذر لم يكن فى بقاء العقد فائدة فيسقط ضرورة ولو باع أو رهن أوآجر ثم رد عليه بعيب بقضاء القاضى أوافتك الرهن أو انقضت مدة الاجارة لا يعود الخيار كذا روى عن أبى يوسف لان خيار الرؤية بعد ما سقط لا يعود الا بسبب جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا اذا كاتبه أو وهبه وسلمه أو باعه بشرط الخيار للمشترى قبل الرؤية يلزم البيع لان هذه عقود لازمة أوجبت حقوقا لازمة (أما) الكتابة فلانها عقد لازم فى حق المكاتب حتى لا يملك الفسخ من غير رضا المكاتب وكذا البيع بشرط الخيار للمشترى لانه لازم فى جانب البائع ( وأما ) الهبة فلان الملك الثابت بها ملك لا يحتمل العود اليه الا بقضاء أو رضا فكان فى معنى اللازم واذا تعذر الفسخ بسبب هذه التصرفات وتعذر الفسخ يوجب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار لنفسه لانه ليس بتصرف لازم فى حقه وكذا الهبة من غير تسليم والعرض على البيع والله عز وجل أعلم ثم ماذكرنا من سقوط الخيار ولزوم البيع برضا المشترى اذا رأى كل المبيع فرضى به فأما اذا رأى بعضه دون بعض فهل يسقط خياره فتفصيل الكلام فيه على النحو الذى ذكرنا فيما اذا رأى بعض المبيع دون بعض وقت الشراء فكل ما يمنع ثبوت الخيار هناك يسقط بعد ثبوته ههنا ومالا فلا وفيما وراء ذلك لا يختلفان والله عز وجل أعلم وعلى ذلك يخرج ما اذا اشترى مغيبا فى الارض كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات فى الارض فقلع بعضه ورضى بالمقلوع انه لا يسقط خياره عند

أبى حنيفة حتى إنه اذا قلع الباقى كان على خياره ان شاء رد الكل وان شاء أمسك الكل وقال أبو يوسف ومحمد اذا قلع شيأ مما يستدل به على الباقى فى عظمه ورضى به المشترى فهو لازم (وجه) قولهما انه اذا قلع ما يستدل به على الباقى كان رؤية بعضه كرؤية كله فكأنه قلع الكل ورضى به كما اذا اشترى صبرة فرأى ظاهرها يسقط خياره كذا هذا (وجه) قول أبى حنيفة ان هذه المغيبات مما تختلف بالصغر والكبر والجودة والرداءة اختلافا فاحشا فرؤية البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية فأشبه الثياب وسائر العدديات المتفاوتة ولو قطع المشترى الكل بغير اذن البائع سقط خياره لانه نقص المعقود عليه بالقلع لانه كان ينمو فى الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد القلع لا ينمو ويتسارع اليه الفساد وانتقاص المعقود عليه فى يد المشترى بغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه أولى وكذا اذا قلع بعضه بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقى فبصنعه أولى وان قلع كله باذن البائع أو بعضه أو قلع الباقى بنفسه لم يذكر الكرخى هذا الفصل وينبغى أن لا يختلف الجواب فيه على قياس قول أبى حنيفة ومحمد كما فى البيع بشرط الخيار للمشترى اذا انتقص المبيع بفعل البائع انه يسقط خيار المشترى عندهما وهو قول أبى يوسف الاول وفى قوله الآخر لا يسقط وروى بشر عن أبى يوسف ان المشترى اذا قلع البعض باذن البائع أو قلع البائع بعضه أنه ينظر ان كان المغيب مما يباع بالكيل أو الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل أو الوزن ورضى به يلزم البيع ويسقط خياره لان الرضا ببعض المكيل بعد رؤيته رضا بالكل لان رؤية بعضه تعرف حال الباقى الا اذا كان المقلوع قليلا لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره لان قلعه والترك بمنزلة واحدة فكأنه لم يقلع منه شيأ وان كان مما يباع عددا كالسلق والفجل ونحوها فقلع بعضا منه فهو على خياره لان رؤية البعض منه لا تفيد العلم بحال الباقى للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود برؤية البعض فيبقى على خياره وقال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشترى فى القلع فقال المشترى انى أخاف ان قلعته لا يصلح لى ولا أقدر على الرد وقال البائع انى أخاف ان قلعته لا ترضى به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان تشاحا على ذلك فسخ القاضى العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الى الاجبار لما فى الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن فى بقاء العقد فائدة فيفسخ والله عز وجل أعلم هذا الذى ذكرنا بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته فى حق البصير فأما الاعمى اذا اشترى شيأ وثبت له الخيار فان خياره يسقط بما ذكرنا من الاسباب المسقطة لكن بعد ما وجد منه ما يقوم مقام الرؤية وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار على رؤس الاشجار ونحوها اذا كان الموصوف على ما وصف وكان ذلك فى حقه بمنزلة الرؤية فى حق البصير وروى عن الحسن بن زياد انه قال يوكل بصيرا بالرؤية وتكون رؤية الوكيل قائمة مقام رؤيته وروى هشام عن محمد أنه يقوم من المبيع فى موضع لو كان بصيرا لرآه ثم يوصف له لان هذا أقصى ما يمكن ولو وصف له فرضى به ثم أبصر لا يعود الخيار لان الوصف فى حقه كالخلف عن الرؤية لعجزه عن الاصل والقدرة على الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف كمن صلى بطهارة التيمم ثم قدر على الماء ونحو ذلك ولو اشترى البصير شيأ لم يره حتى ثبت له الخيار ثم عمى فهذا والاعمى عند الشراء سواء لانه ثبت له خيار الرؤية وهو أعمى فكانت رؤيته رؤية العميان وهى ما ذكرنا والله عز وجل أعلم

(وأما) بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام فى هذا الفصل فى موضعين أحدهما فى بيان ما ينفسخ به العقد والثانى فى بيان شرائط صحة الفسخ أما الاول فما ينفسخ به العقد نوعان اختيارى وضرورى فالاختيارى هو أن يقول فسخت العقد أو نقضته أو رددته وما يجرى هذا المجرى والضرورى أن يهلك المبيع قبل القبض (وأما) شرائط صحته فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ ومنها أن لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة على البائع وان تضمن بأن رد بعض المبيع دون البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض وأجاز البيع فى البعض لم يجز سواء كان قبل قبض المعقود عليه أو بعده لان خيار الرؤية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة

على البائع قبل تمامها وانه باطل ومنها علم البائع بالفسخ عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس بشرط وقد ذكرنا دلائل المسألة في خيار الشرط وأما قضاء القاضي أو التراضي فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الرؤية كما لا يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط فيصح من غير قضاء ولا رضا قبل القبض و بعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الصحة وقد ذكرنا شرائط الصحة في مواضعها (وأما) حكمه فالكلام في حكمه يقع في ثلاث مواضع أحدها في بيان أصل الحكم والثاني في بيان صفته والثالث في بيان شرائطه أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جائز و باطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سواء وعندنا الفاسد قسم آخر وراء الجائز والباطل وهذا على مثال ما يقول في أقسام المشروعات ان الفرض والواجب سواء وعندنا هما قسمان حقيقة على ما عرف في أصول الفقه ( وجه ) قوله ان هذا بيع منهي عنه فلا يفيد الملك قياساً على بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين و روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط و روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعتاب بن اسيد حين بعثه الى مكة انههم عن أربع عن بيع مالم يقبضوا وعن ربح مالم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف و روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراماً والحرام لا يصلح سبباً لثبوت الملك لان الملك نعمة والحرام لا يصلح سبباً لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير والميتة والدم فكذا هذا ( ولنا ) ان هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالا بسائر البياعات المشروعة والدليل على انه بيع ان البيع في اللغة مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب مالا كان أو غير مال قال الله سبحانه وتعالى أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى سمى مبادلة الضلالة بالهدى اشتراء وتجارة فقاله سبحانه وتعالى فما ربحت تجارتهم والتجارة مبادلة المال بالمال قال الله عز شأنه ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة سمى سبحانه وتعالى مبادلة الانفس والاموال بالجنة اشتراء و بيعاً حيث قال تعالى في آخر الآية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان بيعاً والدليل على أنه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من نحو قوله تعالى عز وجل وأحل الله البيع وقوله عز شأنه ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد من النصوص في هذا الباب عاماً مطلقاً فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل ( ولنا ) الاستدلال بدلالة الاجماع أيضاً وهو أنا أجمعنا على أن البيع الخالي عن الشروط الفاسدة مشروع ومفيد للملك وقران هذه الشروط بالبيع ذكراً لم يصح فالتحق ذكرها بالعدم إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الاصلي سواء واذا ألحق بالعدم في نفس البيع خالياً عن المفسد والبيع الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالاجماع وهذا استدلال قوي ( وأما ) النهي فالجواب عن التعلق به ان هذا نهي عن غير البيع لا عن عينه لوجوه ثلاثة أحدها أن شرعية أصل البيع وجنسه ثبت معقول المعنى وهو أنه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وانه سبب بقاء العالم الى حين إذ لا قوام للبشر الا بالاكل والشرب والسكنى واللباس ولا سبيل الى استبقاء النفس بذلك الا بالاختصاص به واندفاع المنازعة وذلك سبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع ولا يجوز ورود الشرع عما عرف حسنه أو حسن أصله بالعقل لانه يؤدي الى التناقض ولهذا لم يجز النهي عن الايمان بالله عز وجل وشكر النعم وأصل العبادات لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهي المضاف الى البيع على غيره ضرورة والثاني ان سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة لكن حمله على الغير ههنا أولى من وجهين أحدهما أنه عمل بالدلائل بقدر الامكان والثاني ان في الحمل على البيع نسخ المشروعية وفي الحمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز ولا شك أن الحمل على المجاز أولى من الحمل على التناسخ لان الحمل على المجاز من باب نسخ

الكلام ونسخ المشروعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة ونسخ الوسيلة أولى من نسخ المقصود والله عز وجل أعلم (وأما) صفة هذا الحكم فنقول له صفات منها انه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ فيقع الكلام في هذه الصفة في مواضع في بيان ان الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ وفي بيان من يملك الفسخ وفي بيان ما يكون فسخاً وفي بيان شرط صحة الفسخ وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته اما بيان ان الثابت بهذا البيع أوجب الفسخ فهو ان البيع وان كان مشروعاً في ذاته فالفساد مقترن به ذكراً ودفع الفساد واجب ولا يمكن الا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه حتى لو أمكن دفع الفساد بدون فسخ البيع لا يفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة الاجل فأسقطاه يسقط ويبقى البيع مشروعاً كما كان ولان اشتراط الربا وشرط الخيار مجهول وادخال الآجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجراً عن المعصية لانه اذا علم أنه يفسخ فالظاهر أنه يمتنع عن المباشرة (وأما) بيان من يملك الفسخ فنقول وبالله التوفيق الفساد لا يخلو اما ان يكون راجعاً الى البدل بان باع بالخمر والخنزير واما ان لم يكن راجعاً اليه كالبيع بشرط منفعة زائدة لاحد العاقدين أو الى أجل مجهول والحال لا يخلو اما ان كان قبل القبض واما ان كان بعده فان كان قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفسخ من غير رضا الآخر كيف ما كان الفساد لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والايجاب فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقدين وان كان بعد القبض فان كان الفساد راجعاً الى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سواء لان الفساد الراجع الى البدل فساد في صلب العقد ألا ترى أنه لا يمكن تصحيحه بخلاف هذا المفسد لما أنه لا قوام للعقد الا بالبدلين فكان الفساد قويا فيؤثر في صلب العقد بسلب اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعاً ولو لم يكن راجعاً الى البدل فقد ذكر الامام الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم يحك خلافاً لان الفساد الذي لا يرجع الى البدل لا يكون قوياً لكونه محتملاً للحذف والاسقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويؤثر في سلب اللزوم في حقه لا في حق صاحبه وذكر الكرخي الاختلاف في المسألة فقال في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد رحمه الله حق الفسخ ان شرط له المنفعة لا غير (وجه) قوله على نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد واسقاطه فلو فسخه الآخر لا بطل حقه عليه وهذا لا يجوز (وجه) قولهما ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من الفساد بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعاً للفساد وقوله المفسد ممكن الحذف فنعم لكنه الى أن يحذف فهو قائم وقيامه يمنع لزوم العقد وبه تبين ان الفسخ من صاحبه ليس بابطال لحق صاحب الشرط لان ابطال الحق قبل ثبوته محال (وأما) بيان ما يكون فسخاً لهذا العقد ففسخه بطريقين قول وفعل فالقول هو أن يقول من يملك الفسخ فسخت أو نقضت أو رددت ونحو ذلك فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج الى قضاء القاضي ولا الى رضا البائع سواء كان قبل القبض أو بعده لان هذا البيع انما استحق الفسخ حقاً لله عز وجل لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخاً في حق الناس كافة فلا تقف صحته على القضاء ولا على الرضا والفعل هو أن يرد المبيع على بائعه على أي وجه ما رده ببيع أو هبة أو صدقة أو اعارة أو ايداع بان باعه منه أو وهبه أو تصدق عليه أو أعاره منه أو أودعه اياه يبرأ المشتري عن الضمان لانه يستحق الرد على البائع فعلى أي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد العارية والوديعة أنه يكون فسخاً والوديعة باي طريق كان الرد لما قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري من وكيل البائع وسلمه اليه لان حكم البيع يقع لموكله وهو البائع فكأنه باعه للبائع ولو باعه المشتري من عبد بائعه وهو مأذون له في التجارة فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع ولا يبرأ عن المشتري ضمانه حتى يصل الى البائع لانه اذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقع للمولى فكان بيعاً من المولى وان كان عليه دين لا يكون فسخاً للبيع ويتقرر الضمان على المشتري لانه اذا كان عليه دين فحكم تصرفه

لا

لا يقع للمولى فلم يكن ذلك بيعاً من المولى فصار كما اذا باعه من أجنبي ولو اشترى من عبد مأذون لانسان شيئا منه شراء فاسداً وقبضه ثم انه باعه من مولاه فان لم يكن عليه دين كان فسخاً للبيع لانه يكون مشتريا من المولى كانه اشتراه من مولاه ثم باعه منه فان كان عليه دين لم يكن فسخاً لانه يكون مشتريا منه لا من مولاه فكانه اشترى من أجنبي و باعه من مولاه ولو باعه المشترى من مضارب البائع لم يكن فسخاً للبيع وتقرر الضمان على المشترى بخلاف ما اذا باعه من وكيل بائعه بالشراء أنه يكون فسخاً ( ووجه ) الفرق ان الوكيل بالشراء يتصرف لموكله لا لنفسه ألا ترى ان حكم تصرفه يقع لموكله لا له فنزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ فاما المضارب فمتصرف لنفسه ألا ترى ان الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان البائع وكيلا لغيره بالشراء فاشترى المشترى شراء فاسداً لموكله لم يكن فسخاً للبيع لان حكم الشراء يقع لموكله لا له ووجب عليه الثمن للمشترى وتقرر على المشترى ضمان القيمة ويلتقيان قصاصاً لعدم الفائدة في الاستيفاء ويترادان الفضل ان كان في أحدهما فضل والله عز وجل أعلم ( وأما ) شرط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ بحضر من صاحبه ذكره الكرخي ولم يذكر الاختلاف فيه وذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا شرط عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف في خيار الشرط والرؤية وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ( وأما ) بيان ما يبطل به حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر فنقول وبالله التوفيق الفسخ في البيع الفاسد يبطل بصريح الابطال والاسقاط بان يقول أبطلت أو أسقطت أو أوجبت البيع أو الزمته لان وجوب الفسخ عنه ثبت حقا لله تعالى دفعاً للفساد وما ثبت حقاً لله تعالى خالصا لا يقدر العبد على اسقاطه مقصوداً كخيار الرؤية لكن قد يسقط بطريق الضرورة بان يتصرف العبد في حق نفسه مقصوداً فيتضمن ذلك سقوط حق الله عز وجل بطريق الضرورة أو يفوت محل الفسخ أو غير ذلك وبيان ذلك في مسائل المشترى شراء فاسداً اذا باع المشترى أو وهبه أو تصدق به بطل حق الفسخ وعلى المشترى القيمة أو المثل لانه تصرف في محل مملوك له فنفذ تصرفه ولا سبيل للبائع على بعضه لانه حصل عن تسليط منه ويطيب للمشترى الثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشترى الاول لانه لا يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد فرق بين هذا وبين ما اذا دخل مسلم دار الحرب بامان فاخذ شيأ من أموالهم بغير اذنهم وأخرجه الى دار الاسلام ثم باعه انه يصح بيعه لكن لا يطيب للمشترى كما لا يطيب للآخذ ( ووجه ) الفرق ان عدم الطيب في المأخوذ من الحربي بغير اذنه لكونه مأخوذاً على وجه الغدر والخيانة والمأخوذ على هذا الوجه واجب الرد على صاحبه رداً للخيانة وبالبيع لم يخرج عن استحقاق الرد على مالكه لحصوله لا بتسليط من جهته فبقي واجب الرد كما كان وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد لان انعدام الطيب للمشترى ههنا لقران الفساد به ذكراً لا حقيقة ولم يوجد ذلك في البيع الثاني وخرج المبيع من أن يكون مستحق الرد على البائع لحصول البيع من المشترى بتسليطه والله عز وجل أعلم ولو باعه فرد عليه بخيار شرط أو رؤية أو عيب بقضاء قاض وعاد على حكم الملك الاول عاد حق الفسخ لان الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان دفعا للعقد من الاصل وجعلا له كان لم يكن ولو اشتراه ثانيا أو عاد اليه بسبب مبتدأ لا يعود الفسخ لان الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العقدين ولو اعتقه المشترى أو دبره بطل حق الفسخ لما قلنا ولان الاعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته فيوجب بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك لو استولدها لما قلنا وتصير الجارية أم ولد المشترى لان الاستيلاد قد صح لحصوله في ملكه وعلى المشترى قيمة الجارية لتعذر الرد بالاستيلاد فصار كما لو هلكت في يده وهل يغرم العقر ذكر في البيوع أنه لا يغرم وفي الشرب روايتان والصحيح أنه لا يضمن العقر لانه وطئ ملك نفسه وقد تقرر ملكه بالاستيلاد لتعذر الرد ولو وطئها المشترى ولم يعلقها لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسترد الجارية مع عقرها باتفاق الروايات فرق بين هذا وبين الجارية الموهوبة اذا وطئها الموهوب له وأعلقها ثم رجع الواهب في هبته وأخذ الجارية ان الموهوب له لا

يضمن العقر ( ووجـه ) الفرق ان الثابت بالهبة ملك محلل للوطء و بالرجوع لم يتبين ان حـل الوطء لم يكن فكان مستمتعا بملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع الفاسـد لان الملك الثابت به لا يظهر فى حق حل الوطء فكان الوطء حراما الا أنه سقط عنه الحد للشبهة فوجب العقد وكذلك لو كاتبه لان الكتابة قد صحت لوجودها فى الملك ولا سبيل للبائع الى نقضها لحصولها من المشترى بتسـليط البائع فـلا يكون له حق النقض عليـه وعلى المشترى قيمة العبد فان أدى بدل الكتابة وعتق تقرر على المشترى ضمان القيمة وان عجز و رد فى الرق ينظر ان كان ذلك قبل القضاء بالقيمة على المشترى فللبائع أن يسترده لانه كان مستحق الرد قبل الكتابة لعدم لزوم الملك الا انه امتنع الرد لعارض الكتابة فان عجز و رد فى الرق قبل القضاء بالقيمة فقد زال العارض والتحق بالعدم كانه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشترى كما كان وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة لا سبيل للبائع على العبد لانه بالقضاء بالقيمة تقرر ملك المشترى فى العبد ولزم من وقت وجوده فيعود اليه لازما والملك اللازم لا يحتمل الفسخ والله عز وجل أعلم وكذلك لو رهنـه المشترى بطل حق الفسخ وولاية الاسترداد لما ذكرنا ولو افتكه المشترى فهو على التفصيل الذى ذكرنا فى الكتابة ولو أجره صحت الاجارة لما قلنا ولـكن لا يبطل حق الفسخ لان الاجارة وان كانت عقدا لازما الا انها تفسخ بالعذر ولا عـذر أقوى من رفع الفساد فتنفسخ به وسلمت الاجرة للمشترى لان المنافع على أصل أصحابنا لا تتقوم الا بالعقد والعقد وجد من المشترى فكانت الاجرة له وهـل تطيب له ينظر ان كان قـد أدى ضمان القيمـة ثم آجر طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قائم مقامـه فكانت الاجرة ربح ما قد ضمن وان آجر ثم أدى الضمان لا تطيب له لانها ربح ما لم يضمن ولو أوصى به صحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الموصى حيا بعد فللبائع حق الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال حياة الموصى بل محتمـل وان مات بطل حقه لان الثابت للموصى له ملك جـديد بخـلاف الثابت للوارث بأن مات المشترى شراء فاسـدا لانه لا يبطل حق الفسخ وللبائع أن يسـترده من ورثته وكذا اذا مات البائع فلورثته ولاية الاسـترداد لان الثابت للوارث عـين ما كان للمورث وانما هو خلفـه قائم مقامه ولهـذا يرد الوارث بالعيب و يرد عليـه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ بخـلاف الموصى له فان الثابت ملك جـديد حصـل بسبب جـديد ولهـذا لم يرد بالعيب ولا يرد عليـه وانه لم يكن مستحق الفسخ ولو ازداد المبيع فى يد المشـترى فان كانت الزيادة متصـلة متولدة من الاصـل كالسمن والجمـال فانها لا تمنع الفسخ لان هـذه الزيادة تابعة للاصـل حقيقة والاصـل مضمون الرد فكذلك التبع كما فى الغصب وان كانت غـير متولدة من الاصـل كما اذا كان المبيع سويقا فلته المشـترى بعسـل أو سمن فانها تمنع الفسخ لانه لو فسخ اما ان يفسخ على الاصـل وحـده واما ان يفسخ على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل الى الاول لتعذر الفصل ولا سبيل الى الثانى لان الزيادة لم تدخـل تحت البيع لا أصلا ولا تبعا فلا تدخل تحت الفسخ وان كانت منفصلة فان كانت متولدة من الاصـل كالولد واللبن والثمرة لا تمنع الفسخ وللبائع أن يسترد الاصـل مع الزيادة لان هذه الزيادة تابعة للاصل لكونها متولدة منه والاصل مضمون الرد فكذا الزيادة كما فى باب الغصب وكذا لو كانت الزيادة أرشا أو عقرا لان الارش بدل جزء فائت من الاصل حقيقة كالمتولد من الاصل والعقر بدل ما له حكم الجزء والعين فكأنه متولد من العين ثم فى فصل الولد اذا كانت الجارية فى يد المشترى فان نقصتها الولادة و بالولد وفاء بالنقصان ينجبر النقصان بالولد عند أصحابنا الثلاثة خلافا لزفر كما فى الغصب وسنذكر المسئلة فى كتاب الغصب ان شاء الله تعالى وان لم تنقصها الولادة اسـتردها البائع ولا شئ على البائع وان نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان ردهـا مع ضمان النقصان كما فى الغصب وان هلك الولد قبـل الرد لا ضمان على المشـترى بالزيادة كما فى الغصب وعليه ضمان نقصان الولادة كما فى الغصب ولو استهلك المشـترى الزيادة ضمن كما فى الغصب ولو هلك المبيع والزيادة قائمة فللبائع أن يسترد الزيادة و يضمن قيمـة المبيع وقت القبض لانهما كانا مضمونى الرد الا انه تعذر اسـترداد المبيع لفوات المحل وصار مضمون القيمة فبقى الولد على حاله مضمون

الرد كما كان وان كانت الزيادة غير متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها لا تمنع الرد وللبائع أن يسترد الاصل مع الزيادة لان الاصل مضمون الرد وبالرد ينفسخ العقد من الاصل فتبين ان الزيادة حصلت على ملكه الا انها لا تطيب له لانها لم تحدث فى ضمانه بل فى ضمان المشترى فكانت فى معنى ربح ما لم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة فى يد المشترى لا ضمان عليه لان المبيع بيعاً فاسداً مضمون بالقبض والقبض لم يرد على الزيادة لا أصلا ولا تبعاً اما أصلا فلا نعدامها عند القبض واما تبعاً فلانها ليست بتابعة حقيقة بل هى أصل بنفسها ملكت بسبب على حدة لا بسبب الاصل وان استهلكها المشترى فكذلك عند أبى حنيفة لا ضمان عليه وعندهما يضمن وأصل المسئلة فى الغصب انه اذا استهلك الغاصب هذه الزيادة هل يضمن عنده لا يضمن وعندهما يضمن ونذكر المسئلة فى كتاب الغصب ان شاء الله تعالى ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قائمة فى يد المشترى تقرر عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشترى تقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد كما فى الغصب والفرق بين الزيادتين يذكر فى الغصب ان شاء الله تعالى هذا اذا زاد المبيع فى يد المشترى شراء فاسداً (فاما) اذا انتقص فى يده فان كان النقصان بآفة سماوية فانه لا يمنع الاسترداد وللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان لان المبيع بيعاً فاسداً يضمن بالقبض كالمغصوب والقبض ورد عليه بجميع اجزائه فصار مضمونا بجميع اجزائه والاوصاف تضمن بالقبض وان كانت لا تضمن بالعقد كما فى قبض المغصوب وكذلك اذا كان النقصان بفعل المبيع لان هذا والنقصان بآفة سماوية سواء وان كان النقصان بفعل المشترى فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضمونا عليه فبصنعه أولى وان كان بفعل أجنبى فالبائع بالخيار ان شاء أخذ الارش من المشترى والمشترى يرجع به على الجانى وان شاء اتبع الجانى وهو لا يرجع على المشترى كما فى الغصب لانه لما أخذ قيمة النقصان من المشترى فقد تقرر ملكه فى ذلك الجزء من وقت البيع فيه فتبين ان الجناية حصلت على ملك متقرر له فيرجع عليه والاجنبى لم يملك فلا يرجع ولو قتله أجنبى فللبائع أن يضمن المشترى قيمته حالة القبض ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشترى على عاقلة القاتل بقيمته فى ثلاث سنين فرق ههنا بين البيع وبين الغصب فانه لو قتل المغصوب فى يد الغاصب قاتل فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الغاصب قيمته حالة الغصب والغاصب يرجع على عاقلة القاتل فى ثلاث سنين وان شاء ضمن عاقلة القاتل قيمته فى ثلاث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب (ووجه) الفرق ان الاجنبى جنى على ملك المشترى لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية لا على ملك البائع فلا يملك البائع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب لا يملك المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه فقتله لا ملك له فيه فكان القتل جناية على ملك المالك والقبض جناية على ملكه أيضاً فكان له خيار التضمين وان كان النقصان بفعل البائع لا شئ على المشترى لانه صار مستردا بفعله حتى انه لو هلك المبيع فى يد المشترى ولم يوجد منه حبس على البائع يهلك على البائع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك من سراية جناية البائع لا ضمان على المشترى أيضاً لانه صار مسترداً بفعله وان هلك لا من سراية جناية البائع فعلى المشترى ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان بالجناية لانه استرد ذلك القدر بجنايته ولو قتله البائع لا ضمان على المشترى لانه استرده بالقتل وكذلك لو حفر البائع بئراً فوقع فيه ومات لان ذلك فى معنى القتل فيصير مسترداً والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع ثوبا فقطعه المشترى وخاطه قميصاً أو بطنه وحشاه بطل حق الفسخ وتقرر عليه قيمته يوم القبض والاصل فى هذا ان المشترى اذا أحدث فى المبيع صنعا لو أحدثه الغاصب فى المغصوب لا ينقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويتقرر حقه فى ضمان القيمة أو المثل كما اذا كان المبيع قطنا فغزله أو غزلا فنسجه أو حنطة فطحنها أو سمسما أو عنبا فعصره أو ساحة فبنى عليها أو شاة فذبحها وشواها أو طبخها ونحو ذلك وانما كان كذلك لان القبض فى البيع الفاسد كقبض الغصب ألا ترى ان كل واحد منهما مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة أو المثل حال هلاكه فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبائع ههنا ولو كان المبيع ثوبا فصبغه المشترى بصبغ يزيد من الاحمر والاصفر ونحوهما ذكر

الكرخى انه ينقطع حق البائع عنه الى القيمة و روى عن محمد ان البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطاه مازاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته وهو الصحيح لان القبض بحكم البيع الفاسد كقبض الغصب ثم الجواب فى الغصب هكذا ان المالك بالخيار ان شاء أخذ الثوب وأعطى الغاصب مازاد الصبغ فيه وان شاء ضمنه قيمته فكذا هذا والله عز وجل أعلم ولو كان المبيع أرضا فبنى عليها بطل حق الفسخ عند أبى حنيفة وعلى المشترى ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل و ينقض البناء (وجه) قولهما ان هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك ينقض البناء فكذا ههنا ولان البناء ينقض بحق الشفيع بالاجماع وحق البائع فوق حق الشفيع بدليل ان الشفيع لا يأخذ الا بقضاء والبائع يأخذ من غير قضاء ولا رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البائع أولى (وجه) قول أبى حنيفة انه لو ثبت للبائع حق الاسترداد لكان لا يخلو اما أن يسترده مع البناء أو بدون البناء لا سبيل الى الثانى لانه لا يمكن ولا سبيل الى الاول لان البناء من المشترى تصرف حصل بتسليط البائع وانه يمنع النقض كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك لم يوجد التسليط على البناء وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة (ومنها) ان الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون بالقيمة أو بالمثل لا بالمسمى بخلاف البيع الصحيح لان القيمة هى الموجب الاصلى فى البياعات لانها مثل المبيع فى المالية الا انه يعدل عنها الى المسمى اذا صحت التسمية فاذا لم تصح وجب المصير الى الموجب الاصلى خصوصاً اذا كان الفساد من قبل المسمى لان التسمية اذا لم تصح لم يثبت المسمى فصار كأنه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو كان كذلك كان بيعا بقيمة المبيع لان البيع مبادلة بالمال فاذا لم يذكر البدل صريحاً صارت القيمة أو المثل مذكوراً دلالة فكان بيعاً بقيمة المبيع أو بمثله ان كان من قبيل الامثال (ومنها) ان هذا الملك يفيد المشترى انطلاق تصرف ليس فيه انتفاع بعين المملوك بلا خلاف بين أصحابنا كالبيع والهبة والصدقة والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه انتفاع بعين المبيع (وأما) التصرف الذى فيه انتفاع بعين المملوك كاكل الطعام ولبس الثوب و ركوب الدابة وسكنى الدار والاستمتاع بالجارية فالصحيح انه لا يحل لان الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد اطلاق الانتفاع لانه واجب الرفع وفى الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد ولهذا لم يفد الملك قبل القبض تحرزاً عن تقرير الفساد بالتسليم على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى ولو كان المشترى داراً لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة وان كان يفيد الملك للمشترى لان حق البائع لم ينقطع والشفعة انما تجب بانقطاع حق البائع لا بثبوت الملك للمشترى ألا ترى ان من أقر ببيع داره من فلان وفلان منكر تثبت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشترى لانقطاع حق البائع باقراره وههنا حق البائع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتى لو وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة شراء فاسداً تثبت الشفعة لان هذا الشراء صحيح فيوجب انقطاع حق البائع فيثبت حق الشفعة والله عز وجل أعلم ولو وطئ الجارية المشتراة شراء فاسداً فان لم يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد فعليه العقر وان أعلقها وضمن قيمة الجارية ففى وجوب العقر روايتان على ما ذكرنا (وأما) شرائطه فاثنان أحدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لانه واجب الفسخ رفعا للفساد وفى وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد لانه اذا ثبت الملك قبل القبض يجب على البائع تسليمه الى المشترى وفى التسليم تقرير الفساد وايجاب رفع الفساد على وجه فيه رفع الفساد متناقض والثانى أن يكون القبض باذن البائع فان قبض بغير اذنه أصلا لا يثبت الملك بأن نهاه عن القبض أو قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم ينهه ولا اذن له فى القبض صريحاً فقبضه بحضرة البائع ذكر فى الزيادات انه يثبت الملك وذكر الكرخى فى الرواية المشهورة انه لا يثبت (وجه) رواية الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك اذنا منه بالقبض دلالة مع ما ان العقد الثابت دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط له على القبض فكأنه دليل الاذن بالقبض والاذن بالقبض قد يكون صريحا وقد يكون دلالة كما فى باب الهبة اذا قبض الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه كذا ههنا

(وجه)

(وجه) الرواية المشهورة ان الاذن بالقبض لم يوجد نصاً ولا سبيل الى اثباته بطريق الدلالة لما ذكرنا ان فى القبض تقرير الفساد فكان الاذن بالقبض اذنا بما فيه تقرير الفساد فلا يمكن اثباته بطريق الدلالة و به تبين ان العقد الفاسد لا يقع تسليطاً على القبض لوجود المانع من القبض على ما بينا بخلاف الهبة لان هناك لا مانع من القبض فامكن اثباته بطريق الدلالة مادام المجلس قائما وانما شرط المجلس لان القبض فى الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس كما يشترط للقبول والله عز وجل أعلم (وأما) البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد من الاهلية والمحلية وغيرهما وقد ذكرنا جملة ذلك فى صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع أصلا لان الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع الامن حيث الصورة لان التصرف الشرعى لا وجود له بدون الاهلية والمحلية شرعا كما لا وجود للتصرف الحقيقى الامن الاهل فى المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول و بيع الملاقيح والمضامين وكل ماليس بمال وكذا بيع صيد الحرم والاحرام لانه بمنزلة الميتة وكذا بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع أم الولد والمدبر والمكاتب والمستسعى لان أم الولد حرة من وجه وكذا المدبر فلم يكن مالا مطلقاً والمكاتب حر يداً فلم يكن مالا على الاطلاق والمستسعى عند أبى حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير من المسلم لانه ليس بمال فى حق المسلم وكذا بيع الخمر لانها ليست بمتقومة فى حق المسلم لان الشرع أسقط تقومها فى حق المسلمين حيث أهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد لانه لو انعقد اما أن ينعقد بالمسمى واما أن ينعقد بالقيمة لا سبيل الى الاول لان التسمية لم تصح ولا سبيل الى الثانى لانه لا قيمة له اذ التقويم ينبئ عن العزة والشرع أهان المسمى على المسلم فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له واذا لم ينعقد يبطل ضرورة ومن مشايخنا من فصل فى بيع الخمر تفصيلا فقال ان كان الثمن ديناً بأن باعها بدراهم فالبيع باطل وان كان عيناً بأن باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد فى حق الثوب و ينعقد بقيمة الثوب لان مقصود العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها لانها لا تصلح للتملك والتمليك فى حق المسلم مقصود بل تمليك الثوب وتملكه لان الثوب يصلح مقصوداً بالتملك والتمليك فالتسمية ان لم تظهر فى حق الخمر تظهر فى حق الثوب ولا مقابل له فيصير كان المشترى باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن ديناً لان الثمن يكون فى الذمة وما فى الذمة لا يكون مقصوداً بنفسه بل يكون وسيلة الى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل أصلا (وأما) بيع الخمر والخنزير فلا يبطل بل يفسد و ينعقد بقيمة العبد لان العبد مال متقوم وكذا الخمر والخنزير فى حق أهل الذمة والخمر مال فى حقنا الا انه لا قيمة لها شرعا فاذا جعل الخمر والخنزير ثمناً فقد ذكر ما هو مال وكون الثمن مالا فى الجملة أو مرغوبا فيه عند الناس بحيث لا يؤخذ مجانا بلا عوض يكفى لانعقاد العقد لان البيع مبادلة المال بالمال أو مبادلة شئ مرغوب بشئ مرغوب الا ان كون المعقود عليه متقوما شرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد والمدبر وأم الولد والمكاتب والمستسعى لان هذه الاموال فى الجملة مرغوب فيها فينعقد العقد بقيمة العبد وكذا بيع العبد بما يرعى ابله من أرضه من الكلا أو بما يشرب من ماء بئره لان المذكور ثمنا مال متقوم الا انه مباح غير مملوك وكذا هو مجهول أيضاً فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع واختلف مشايخنا فى بيع العبد بالميتة والدم قال عامتهم يبطل وقال بعضهم يفسد والصحيح انه يبطل لان المسمى ثمنا ليس بمال أصلا وكون الثمن مالا فى الجملة شرط الانعقاد وكذا اختلفوا فيما اذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه ذهب الكرخى من أصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما اذا باع وسكت عن ذكر الثمن وقد ذكرنا وجه كل واحد من القولين فيما تقدم ثم اذا باع مالا بما ليس بمال حتى بطل البيع فقبض المشترى المال باذن البائع هل يكون مضمونا عليه أو يكون أمانة اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون أمانة لانه مال قبضه باذن صاحبه فى عقد وجد صورة لا معنى فالتحق العقد بالعدم و بقى اذنه بالقبض وقال بعضهم يكون مضمونا عليه لان المقبوض على حكم هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم الشراء وذلك مضمون فهذا أولى (وأما) البيع الموقوف فهو بيع مال الغير بغير اذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولى ولا حكم له يعرف للحال لاحتمال

الاجازة والرد من المالك فيتوقف فى الجواب فى الحال لا ان يكون التوقف حكما شرعياً وقد ذكرنا حكم تصرفات الفضولى ما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم والله عز وجل أعلم

﴿ فصل ﴾ وأما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول و بالله التوفيق حكم البيع نوعان نوع يرتفع بالفسخ وهو الذى يقوم برفعه أحد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم كالبيع الذى فيه أحد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ونوع لا يرتفع الا بالاقالة وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالى عن الخيار والكلام فى الاقالة فى مواضع فى بيان ركن الاقالة وفى بيان ماهية الاقالة وفى بيان شرائط صحة الاقالة وفى بيان حكم الاقالة (أما) ركنها فهو الايجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر فاذا وجد الايجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام فى صيغة اللفظ الذى ينعقد به الركن فنقول لا خلاف انه ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى بان يقول أحدهما أقلت والآخر قبلت أو رضيت أو هويت ونحو ذلك وهل تنعقد بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى وبالآخر عن المستقبل بان قال أحدهما لصاحبه أقلنى فيقول أقلتك أو قال له جئتك لتقيلنى فقال أقلت فقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله ينعقد كما فى النكاح وقال محمد رحمه الله لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى كما فى البيع (وجه) قوله ان ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى فكذا ركن الاقالة ولهما الفرق بين الاقالة و بين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة والمساومة فى البيع معتاد فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم تقع ايجابا بخلاف الاقالة لان هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها لان المساومة فيها ليست بمعتادة فيحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب فى النكاح كذا هذا ( وأما ) بيان ماهية الاقالة وعملها فقد اختلف أصحابنا فى ماهيتها قال أبو حنيفة عليه الرحمة الاقالة فسخ فى حق العاقدين بيع جديد فى حق ثالث سواء كان قبل القبض أو بعده و روى عن أبى حنيفة رحمه الله أنها فسخ قبل القبض بيع بعده وقال أبو يوسف انها بيع جديد فى حق العاقدين وغيرهما الا أن لا يمكن أن تجعل بيعا فتجعل فسخاً وقال محمد انها فسخ الا أن لا يمكن أن تجعل فسخاً فتجعل بيعاً للضرورة وقال زفر انها فسخ فى حق الناس كافة ( وجه ) قول زفر ان الاقالة فى اللغة عبارة عن الرفع يقال فى الدعاء اللهم أقلنى عثراتى أى ارفعها وفى الحديث من اقال نادما أقال الله عثراته يوم القيامة وعن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم الا فى حد والاصل أن معنى التصرف شرعا ما ينبئ عنه اللفظ لغة ورفع العقد فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسما فيختلفان حكما هذا هو الاصل فاذا كانت رفعا لا تكون بيعا لان البيع اثبات والرفع نفى و بينهما تناف فكانت الاقالة على هذا التقدير فسخا محضا فتظهر فى حق كافة الناس (وجه) قول محمد ان الاصل فيها الفسخ كما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان تجعل فسخا فتجعل بيعا ضرورة (وجه) قول أبى يوسف ان معنى البيع هو مبادلة المال بالمال وهو أخذ بدل واعطاء بدل وقد وجد فكانت الاقالة بيعا لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى لا للصورة ولهذا اعطى حكم البيع فى كثير من الاحكام على ما نذكر وكذا اعتبر بيعا فى حق الثالث عند أبى حنيفة ( وجه ) قول أبى حنيفة رحمه الله فى تقرير معنى الفسخ ما ذكرناه لزفر انه رفع لغة وشرعا ورفع الشئ فسخه وأما تقرير معنى البيع فيه فما ذكرنا لابى يوسف ان كل واحد يأخذ رأس ماله ببدل وهذا معنى البيع الا انه لا يمكن اظهار معنى البيع فى الفسخ فى حق العاقدين للتنافى فاظهرناه فى حق الثالث فجعل فسخاً فى حقهما بيعاً فى حق ثالث وهذا ليس بممتنع الا ترى انه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه ومعصية من وجه فمن شخصين أولى والدليل عليه أنها لا تصح من غير تسمية ولا صحة للبيع من غير تسمية الثمن وثمرة هذا الاختلاف اذا تقايلا ولم يسميا الثمن الاول أو سميا زيادة على الثمن الاول أو أنقص من الثمن الاول أو سميا جنساً آخر سوى الجنس الاول قل أو كثر أو أجلا الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول فى قول أبى حنيفة رحمه الله وتسمية الزيادة والنقصان والاجل والجنس الآخر باطلة سواء كانت الاقالة قبل القبض أو بعدها والمبيع منقول أو غير منقول

لانها

لانها فسخ فى حق العاقدين والفسخ رفع العقد والعقد وقع بالثمن الاول فيكون فسخه بالثمن الاول ضرورة لانه فسخ ذلك العقد وحكم الفسخ لايختلف بين ماقبل القبض و بين مابعده و بين المنقول وغير المنقول وتبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الآخر والاجل وتبقى الاقالة صحيحة لان اطلاق تسمية هذه الاشياء لايؤثر فى الاقالة لان الاقالة لاتبطلها الشروط الفاسدة و بخلاف البيع لان الشرط الفاسد انما يؤثر فى البيع لانه يمكن الربا فيه والاقالة رفع البيع فلايتصور تمكن الربا فيه فهو الفرق بينهما وفى قول أبى يوسف ان كان بعد القبض فالاقالة على ماسميا لانها بيع جديد كانه باعه فيه ابتداء وان كان قبل القبض والمبيع عقارا فكذلك لانه يمكن جعله بيعا لان بيع العقار قبل القبض جائز عنده وان كان منقولا فالاقالة فسخ لانه لايمكن جعلها بيعا لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لايجوز وروى عن أبى يوسف ان الاقالة بيع على كل حال فكل مالايجوز بيعه لاتجوز اقالته فعلى هذه الرواية لاتجوز الاقالة عنده فى المنقول قبل القبض لانه لايجوز بيعه وعند محمد ان كان قبل القبض فالاقالة تكون على الثمن الاول وتبطل تسمية الزيادة على الثمن الاول والجنس الآخر والنقصان والاجل يكون فسخاً كما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه لايمكن جعلها قبل القبض بيعاً لكن بيع المبيع قبل القبض لايجوز عنده منقولا كان أو عقاراً وان كان بعد القبض فان تقايلا من غير تسمية الثمن أصلا أو سميا الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان أو نقصاً عن الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول وتبطل تسمية النقصان وتكون فسخاً أيضاً كما قال أبو حنيفة رحمه الله أنها فسخ فى الاصل ولا مانع من جعلها فسخاً فتجعل فسخاً وان تقايلا عن الزيادة أو على الثمن الاول أو على جنس آخر سوى جنس الثمن الاول قل او كثر فالاقالة على ماسميا و يكون بيعاً عنده لانه لايمكن جعلها فسخاً ههنا لان من شأن الفسخ أن يكون بالثمن الاول واذا لم يمكن جعلها فسخاً تجعل بيعاً بما سميا بخلاف ما اذا تقايلا على أنقص من الثمن الاول أن الاقالة تكون بالثمن الاول عنده وتجعل فسخاً ولا تجعل بيعاً عنده لان هذا سكوت عن نقص الثمن وذلك نقص الثمن والسكوت عن النقص لايكون أعلى من السكوت عن الثمن الاول وهناك يجعل فسخاً لابيعاً فههنا أولى والله عز وجل أعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان المشترى داراً ولها شفيع فقضى له بالشفعة ثم طلب منه المشترى أن يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الاول أو بجنس آخر أن الزيادة باطلة وكذا تسمية الجنس الآخر عند أبى حنيفة ومحمد وزفر رحمهم الله لانه لما قضى للشفيع بالشفعة فقد انتقلت الصفقة اليه بالثمن الاول فالتسليم بالزيادة على الثمن الاول أو بجنس آخر يكون اقالة على الزيادة على الثمن الاول أو على جنس آخر فتبطل التسمية و يصح التسليم بالثمن الاول عندهما وانما اتفق جوابهما ههنا على أصل محمد لانه لايرى جواز بيع المبيع العقار قبل القبض فيبقى فسخا على الاصل وعند أبى يوسف الزيادة صحيحة وكذا تسمية جنس آخر لان الاقالة عنده بيع ولا مانع من جعلها بيعا فتبقى بيعا على الاصل ولو تقايلا البيع فى المنقول ثم ان البائع باعه من المشترى ثانيا قبل أن يسترده من يده يجوز البيع وهذا يطرد على أصل أبى حنيفة ومحمد وزفر أما على أصل زفر فلان الاقالة فسخ مطلق فى حق الكل وعلى أصل أبى حنيفة فسخ فى حق العاقدين والمشترى أحد المتعاقدين وعلى أصل محمد فسخ عند عدم المانع من جعله فسخا ولا مانع ههنا من جعله فسخا بل وجد المانع من جعله بيعاً لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لايجوز فكانت الاقالة فسخاً عندهم فلم يكن هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فجاز وأما على أصل أبى يوسف فلا يطرد لان الاقالة عنده بعد القبض بيع مطلق و بيع المبيع المنقول قبل القبض لايجوز بلا خلاف بين أصحابنا فكان هذا الفعل حجة عليه الا أن يثبت عنه الخلاف فيه ولو باعه من غير المشترى لايجوز وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف يطرد أما على أصل أبى يوسف فلان الاقالة بعد القبض بيع جديد فى حق العاقدين وغيرهما الا لمانع ولا مانع من جعلها بيعاً ههنا لانا لو جعلناها بيعاً لاتفسد الاقالة لانها حصلت بعد القبض فتجعل بيعاً فكان هذا بيع المنقول قبل القبض فلم يجز وأما على أصل أبى حنيفة فهى وان كانت فسخاً لكن فى حق العاقدين وأما فى حق غيرهما فهى بيع والمشترى غيرهما فكان بيعاً فى بيعه فيكون بيع

المبيع المنقول قبل القبض وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لانها عند زفر فسخ في حق العاقدين وغيرهما وعند محمد الاصل فيها الفسخ الالمانع ولم يوجد المانع فبقي فسخاً في حق الكل ولم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبغي أن يجوزوان كان المبيع غيرمنقول والمسئلة بحالها جاز بيعه من غيرالمشترى أيضاً على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف وكذا على قياس اصل محمد لان على أصله الاقالة بيع في حق الكل الاأن لايمكن وههنا يمكن لما قلنا وعلى أصل أبى حنيفة بيع في حق غيرالعاقدين فكان هذا بيع المبيع العقار قبل القبض وأنه جائز عندهما وعلى أصل محمد فسخ الاعند التعذر ولا تعذر ههنا لانها حصلت بعد القبض على الثمن الاول فبقيت فسخاً فلم يكن هذا بيع المبيع قبل القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القبض وهذا جائز عنده منقولا كان أوغيرمنقول وعند زفر هو فسخ على الاطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل القبض فيجوز وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فسلم الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا البيع فان الشفيع يأخذها بالشفعة عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان الاقالة بيع جديد في حق الكل على أصل أبى يوسف ولا مانع من جعلها بيعاً وعلى أصل أبى حنيفة بيع في حق غيرالعاقدين والشفيع غيرهما فيكون بيعاً في حقه فيستحق وأما على قياس أصل محمد وزفر لا يثبت حق الشفعة لانها فسخ مطلق على اصل زفر وعلى أصل محمد فسخ ما امكن وههنا ممكن والشفعة تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك ولو تقايلا ثم وهب البائع المبيع من المشترى قبل الاسترداد وقبل المشترى جازت الهبة وملكه المشترى ولا تنفسخ الاقالة ولو كان هذا في البيع لا تجوز الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشترى المبيع قبل القبض من البائع وقبله البائع وهذا يشكل على أصل أبى يوسف لانه أجرى الاقالة بعد القبض مجرى البيع ولو كانت كذلك لما جازت الهبة ولكانت فسخاً للاقالة كما كانت فسخاً للبيع ثم الفرق على أصل من يجعلها فسخاً ظاهر لان الفسخ لا يحتمل الفسخ فلا يمكن جعل الهبة مجازاً عن الاقالة فلا تنفسخ الاقالة بخلاف البيع فانه يحتمل الفسخ فأمكن جعل الهبة مجازاً عن اقالة البيع ولو كان المبيع مكيلا أوموزونا بيع مكايلة أوموازنة فتقايلا البيع فاسترده البائع من غير كيل أووزن صح قبضه وهذا لا يطرد على أصل أبى يوسف لان الاقالة لو كانت بيعاً لما صح قبضه من غير كيل أووزن كما في البيع ولو تقايلا قبل قبض المبيع أو بعده ثم وجد البائع به عيباً كان عند بائعه ليس له أن يرده عليه وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف يطرد لان الاقالة على أصل أبى يوسف بيع في حق الكل وعلى أصل أبى حنيفة بيع في حق ثالث فكان بيعا في حقه فيصير كانه اشتراه ثانيا أوورثه من المشترى وعلى أصل محمد وزفر يشكل لان الاقالة فسخ على أصلهما فينبغى ان لا يمنع الرد ولو اشترى شيأ وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من أجنبى ثم تقايلا وعاد المبيع الى المشترى ثم ان بائعه اشتراه باقل مما باعه بالثمن الاول قبل النقد يجوز وهذا على أصل أبى حنيفة وأبى يوسف صحيح لان الاقالة على أصل أبى يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما وعلى أصل أبى حنيفة بيع في حق ثالث والبائع الاول ههنا ثالث فكانت الاقالة بيعا في حقه كان المشترى الاول اشتراه ثانياً ثم باعه من بائعه باقل من الثمن الاول قبل العقد وذلك جائز كذا هذا وأما على أصل محمد وزفر فلا يطرد لانهما يجعلان الاقالة فسخاً فكانت اعادة الى قديم الملك فينبغى أن لا يجوز وأما شرائط صحة الاقالة (فمنها) رضا المتقايلين أما على أصل أبى يوسف فظاهر لانه بيع مطلق والرضا شرط صحة البياعات وأما على أصل أبى حنيفة ومحمد وزفر فلانها فسخ العقد والعقد لم ينعقد على الصحة الا بتراضيهما أيضا (ومنها) المجلس لما ذكرنا ان معنى البيع موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط للبيع (ومنها) تقابض بدلى الصرف في اقالة الصرف وهذا على أصل أبى يوسف ظاهر وكذلك على اصل أبى حنيفة لان قبض البدلين انما وجب حقاً لله تعالى الا ترى أنه لا يسقط باسقاط العبد والاقالة على أصله وان كانت فسخاً في حق العاقدين فهى بيع جديد في حق ثالث فكان حق الشرع في حكم ثالث فيجعل بيعا في حقه (ومنها) أن يكون المبيع بمحل الفسخ بسائر أسباب

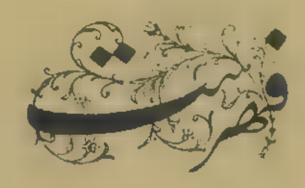
الفسخ

الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند أبى حنيفة وزفر فان لم يكن بان ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الاسباب لا تصح الاقالة عندهما وعند أبى يوسف ومحمد هذا ليس بشرط أما على أصل أبى حنيفة وزفر فظاهر لان الاقالة عندهما فسخ للعقد فلا بد وان يكون المحل محتملا للفسخ فاذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة ضرورة (وأما) على أصل أبى يوسف فلانها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد الزيادة محتمل للبيع فبقى محتملا للاقالة (وأما) على أصل محمد وان كانت فسخا لكن عند الامكان ولا امكان ههنا لانا لو جعلناها فسخا لم يصح ولو جعلناها بيعا لصحت فجعل بيعا لضرورة الصحة فلهذا اتفق جواب محمد مع جواب أبى يوسف فى هذا الفصل (ومنها) قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت الاقالة لم تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط (ووجه) الفرق ان اقالة البيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لانه هو المعقود عليه على معنى ان العقد ورد عليه لا على الثمن لانه يرد على المعين والمعين هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وان عين لانه اسم لما فى الذمة فلا يتصور ايراد العقد عليه دل ان قيام البيع بالمبيع لا بالثمن فاذا هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التى هى رفع حكم البيع فى الحقيقة واذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قائم فتصح الاقالة وعلى هذا يخرج ما اذا تبايعا عينا بدين كالدراهم والدنانير عينا أو لم يعينا والفلوس والمكيل والموزون والعدديات المتقاربة الموصوفة فى الذمة ثم تقايلا أنهما ان تقايلا والعين قائمة فى يد المشترى صحت الاقالة سواء كان الثمن قائما فى يده أو هالكا لقيام حكم البيع بقيام المعقود عليه وان تقايلا بعد هلاك العين لم تصح وكذا ان كانت قائمة وقت الاقالة ثم هلكت قبل الرد على البائع بطلت الاقالة سواء كان الثمن قائما أو هالكا لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى أن بعد الاقالة وجب على كل واحد منهما رد ما فى يده على صاحبه فكان هلاك البيع بعد الاقالة قبل القبض كهلاكه بعد البيع قبل القبض فانه يوجب بطلان البيع كذا هذا سواء بقى الثمن أو هلك لانه اذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة وكذا اذا كان المبيع عبدين وتقابضا ثم هلكا ثم تقايلا أنه لا تصح الاقالة لما ذكرنا أن المعقود عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان أحدهما هالكا وقت الاقالة والآخر قائما وصحت الاقالة ثم هلك القائم قبل الرد بطلت الاقالة لانه هلك المعقود عليه قبل القبض على ما بينا ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ثم هلكت احداهما فى يد مشتريها ثم تقايلا صحت الاقالة وعلى مشترى الهالك قيمة الهالك ان لم يكن له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لان كل واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد فى كل واحد منهما ثم خرج الهالك من أن يكون قيام العقد به فيقوم بالآخر واذا بقى المبيع بقى محل الفسخ فيصح أو نقول المبيع أحدهما والآخر ثمن اذ المبيع لا بد له من الثمن فاذا هلك أحدهما تعين الهالك للثمن والقائم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفى القلب افساده فكان التصحيح أولى فبقى البيع ببقاء المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو تقايلا والعينان قائمتان ثم هلك أحدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل الاقالة لان هلاك احداهما قبل الاقالة لما لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد الاقالة لا يمنع بقاءها على الصحة من طريق الاولى لان البقاء أسهل من الابتداء وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض انه لا ينعقد باحد العرضين ابتداء واذا انعقد بهما ثم هلك أحدهما قبل القبض يبطل البيع لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باحد البدلين ويبطل بهلاك أحد العرضين قبل القبض لان كل واحد من العرضين مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع (فأما) الاقالة فرفع البيع فتستدعى بقاء حكم البيع وقد بقى ببقاء أحدهما وعلى هذا تخرج إقالة السلم قبل قبض المسلم فيه انها جائزة سواء كان رأس المال دينا أو عينا وسواء كان قائما فى يد المسلم اليه أو هالكا لان المبيع هو المسلم فيه وانه قائم وهذا لان المسلم فيه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض فكان كالمعقود عليه وانه قائم فوجد شرط صحة الاقالة واذا صحت فان كان رأس المال عين مال قائمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت هالكة فان كان مما له مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته وان كان دينا رد مثله قائما كان أو هالكا لانه لا يتعين بالتعيين

فهلا كه وقيامه سواء وكذلك لو كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قائم فى يد رب السلم أنه تصح الاقالة ثمة لانها
صحت حال كونه دينا حقيقة فحال صيرورته عينا بالقبض أولى واذا صحت فعلى رب السلم رد عين
المقبوض لان المقبوض بعقد السلم كأنه عين ما ورد عليه العقد بدليل انه يجوز بيعه مرابحة على رأس
المال والمرابحة بيع ما اشتراه البائع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واذا كان المقبوض عين ما ورد
عليه العقد فى التقدير والحكم وجب رد عينه فى الاقالة ولو اشترى عبدا بنقرة أو بمصوغ
وتقابضا ثم هلك العبد فى يد المشترى ثم تقايلا والفضة قائمة فى يد البائع صحت الاقالة
لان كل واحد منهما مبيع لتعينه بالتعيين فكان معقودا عليه فيبقى البيع
ببقاء أحدهما وعلى البائع رد عين الفضة و يسترد من المشترى قيمة العبد
لكن ذهبا لا فضة لان الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته
فضة والقيمة تختلف فتزداد أو تنقص فيؤدى الى الربا ولو
كان العبد قائما وقت الاقالة ثم هلك قبل الرد على البائع
فعلى البائع أن يرد الفضة و يسترد قيمة العبد ان شاء
ذهبا وان شاء فضة لان الاقالة ههنا وردت
على عين العبد ثم وجبت القيمة على
المشترى بدلا للعبد ولا
ربا بين العبد وقيمته
والله تعالى أعلم

---

﴿ تم الجزء الخامس و يليه الجزء السادس وأوله كتاب الكفالة ﴾



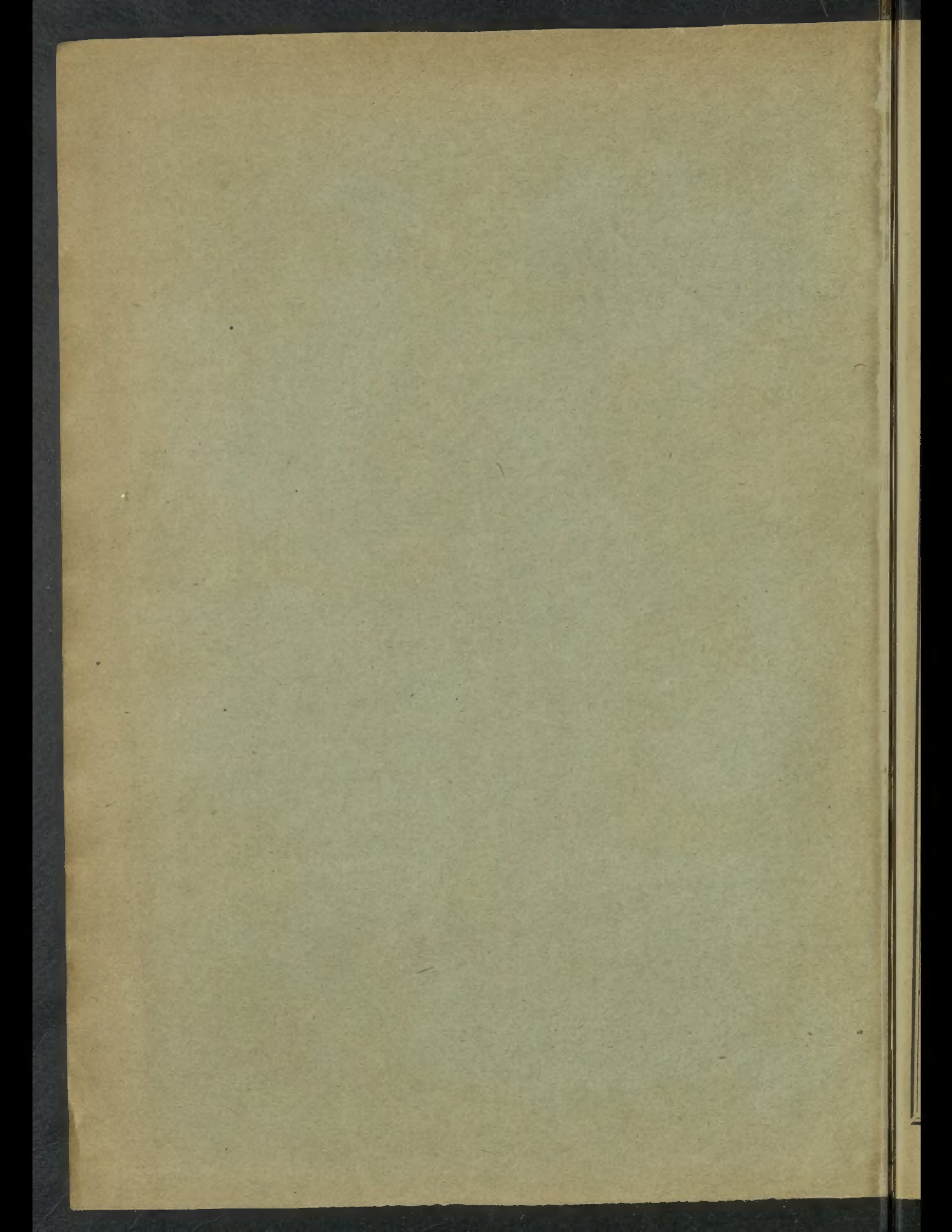
( الجزء الخامس من كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع )

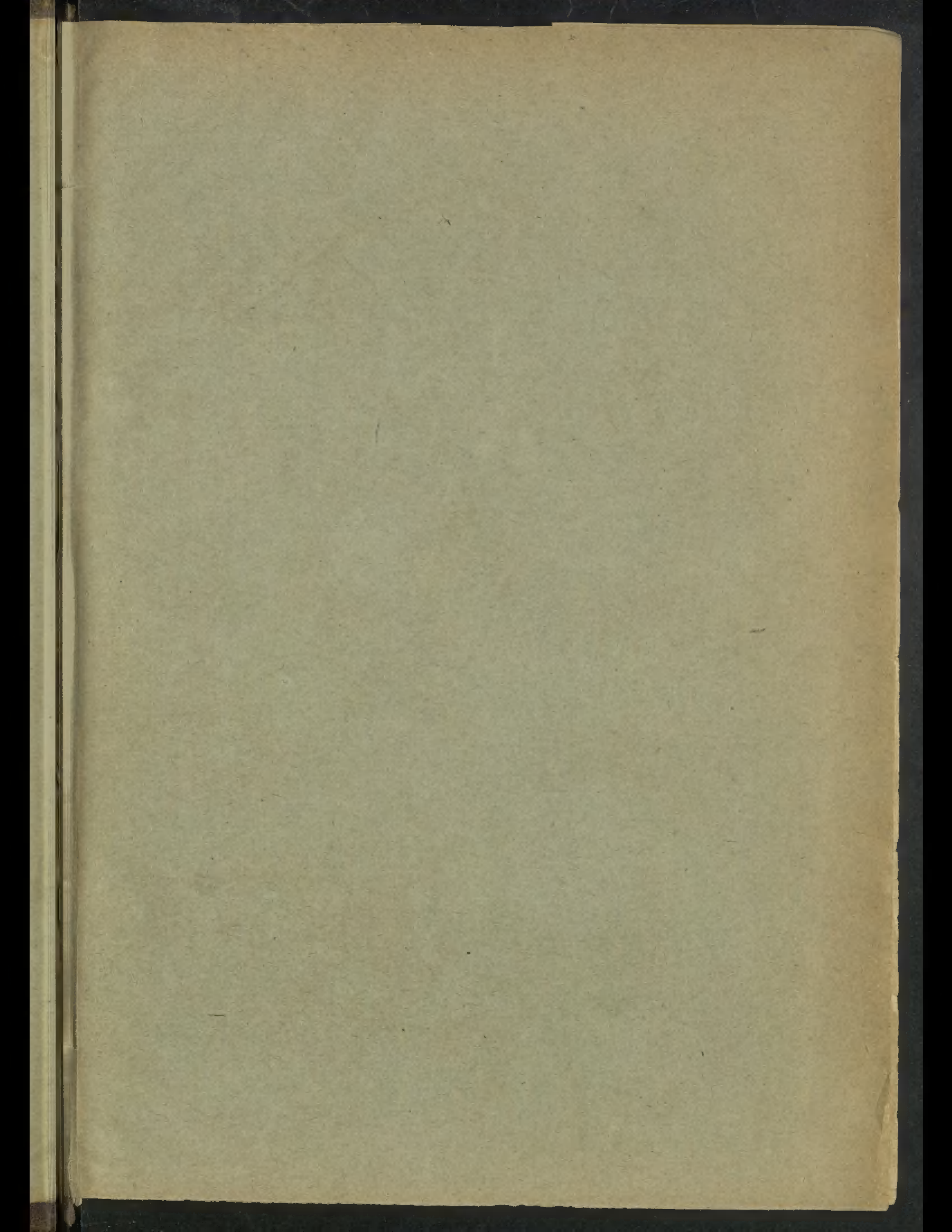
صحيفه



صحيفه

﴿ تمت ﴾






AMERICAN UNIVERSITY OF BEIRUT
UT VITAM HABEANT ABUNDANTIUS HABEANT
1866
الجامعة الاميركية في بيروت

